

ALICE ROCHA DA SILVA

**A CLÁUSULA DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA DA OMC E A
PROLIFERAÇÃO DOS ACORDOS COMERCIAIS
BILATERAIS**

Dissertação apresentada como requisito
parcial para conclusão do Programa de
Mestrado em Direito do Centro
Universitário de Brasília

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Dias Varella

BRASÍLIA

2006

A meus pais, Timóteo e Maria das Graças, que longe ou perto me apoiaram com seu amor e carinho, sendo grandes referenciais a me guiar.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, fonte de inspiração e maior certeza de que tudo é possível.

Aos meus pais e à minha família, pela admiração e apoio incondicional nos momentos de escolhas e decisões.

Ao meu orientador Dr. Marcelo Dias Varella, pelo voto de confiança e dedicação na concretização deste projeto.

Aos meus amigos Júlia, Benjamin, Malu, Mourad, Ahmed e Elie, sempre prontos a ajudar e compartilhar os momentos bons e ruins, tornando meus dias mais alegres e mostrando que obstáculos podem virar degraus.

Aos meus professores, Dr. Paulo Roberto de Almeida, Dra. Dirce Mendes, Dr. Rossini Correia, Dr. Vamireh Chacon, Dr. Jorge Fontoura, Dra. Maria Elizabeth Rocha e Dra. Julie Schmied pela experiência e conhecimento transmitido.

Aos meus colegas de mestrado, com os quais tantas vezes dividi dúvidas e conquistas, e a querida Marley, sempre pronta a me ajudar.

Agradeço ainda a CAPES e Rede Alfa, por terem me agraciado com bolsas de estudo que me permitiram concluir o mestrado, além de usufruir da experiência de pesquisar em bibliotecas e centros reconhecidos mundialmente durante o período em que estive em Paris - França..

Por fim, agradeço ao meu querido pai, que com amor e dedicação me auxiliou na revisão e organização deste trabalho.

RESUMO

A Cláusula da Nação mais Favorecida (CNMF) estabelecida no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) é preceito legal válido e vigente no mesmo contexto de desenvolvimento e proliferação de acordos comerciais bilaterais, qual seja, o sistema multilateral de comércio. A CNMF representa a concretização do princípio da não-discriminação, uma das bases da OMC. No exercício desta importante função, a CNMF dispõe que todas as vantagens e privilégios acordados a um Membro da OMC devem ser estendidos a todos os demais Membros da organização, imediatamente e sem imposição de condições. Entretanto, tendo sido criada dentro de um contexto que agrega parceiros com características econômicas, sociais e políticas bastante díspares e temas nem sempre passíveis de um tratamento multilateral, como os investimentos estrangeiros e os temas não-comerciais, a aplicação absoluta da CNMF e o estabelecimento de um tratamento igualitário nem sempre é possível, tendo que admitir exceções, refletindo um viés ora de flexibilidade, ora de rigidez. Todavia, não se pode afirmar que a importância e o papel da CNMF dentro do sistema OMC diminuiu. O que deve ser considerado é que diante do inevitável fenômeno de proliferação do uso de acordos bilaterais no estabelecimento de trocas comerciais internacionais, restou a esta organização o importante desafio de ajuste de seus dispositivos. Enfim, o que se verifica é um sistema mundial de trocas antagônico e ao mesmo tempo harmonioso, agregando instrumentos que, apesar de possuírem lógicas contrárias, não necessariamente se excluem.

Palavras-chave: Cláusula da nação mais favorecida (CNMF), Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT), Organização Mundial do Comércio (OMC), acordos bilaterais, princípio da não-discriminação.

ABSTRACT

The Most Favored Nation Clause (MFN) established by the World Trade Organization (WTO) is a valid and effective legal rule in the development and bilateral commercial agreement context. The MNF represents the non-discrimination principle which is one of the bases of the WTO. Taking into account this important role, MNF states that all disadvantages and privileges given to a WTO member should also reach every other member of the organization. This should happen immediately and without the imposition of any condition. However, considering that the MNF was created by the WTO and that this organization aggregates many parties with different economic, social and political characteristics and that not every subject can be solved with the implementation of a multilateral agreement, such as international investments and non-commercial subjects, then the MNF application and the establishment of equal treatment is not always possible. Thus, some exceptions are admitted and this is reflected in a flexible and sometimes in a rigid way. However, it is not possible to affirm that the importance and role of the MNF inside the WTO decreased because of this. What should be considered is that because of inevitable phenomenon of proliferation of the use of bilateral agreements WTO had no option but the important challenge of adjustment of its devices. At last, what is verified is an antagonistic and at the same time harmonious world-wide trade system that aggregates instruments that, besides having contrary logics, do not necessarily exclude themselves.

Keywords: Most Favored Nation Clause (MFN), General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), World Trade Organization (WTO), bilateral agreement, non-discrimination principle

LISTAS DE ACRÔNIMOS

ALCA - Área de Livre Comércio das Américas

AMMA - Acordos Multilaterais de Meio Ambiente

ARO - Agreement on Rules of Origin - Acordo sobre Regras de Origem

BIRD - Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento

CECA - Comunidade Européia do Carvão e do Aço

CEPAL - Comissão Econômica para a América Latina e Caribe

CIJ - Corte Internacional de Justiça

CNMF – Cláusula da Nação mais Favorecida

DSU - Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes - Memorando de entendimentos sobre as regras e os procedimentos que regem a resolução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio

EUA - Estados Unidos da América

FDI - Foreign direct investment - Investimento externo direto

FMI - Fundo Monetário Internacional

GATS - General agreement on trade in services - Acordo geral sobre comércio de serviços

GATT - General Agreement on Tariffs and Trade - Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio

ICSID - Centro Internacional de Solução de Disputas de Investimentos

OIC - Organização Internacional do Comércio

OIT - Organização Internacional do Trabalho

OMC – Organização Mundial do Comércio (WTO – World Trade Organization)

ONU - Organização das Nações Unidas

PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

PTAs - Preferential Trade Agreements – Acordos preferenciais de comércio

SCM - Agreement on Subsidies and Countervailing Measures - Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias

SDN - Sociedade das Nações

SGP - Sistema Geral de Preferências (GSP - Generalized System of Preferences)

SPS - Agreement on the application of sanitary and phytosanitary measures - Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias ou Fitossanitárias

TBT - Technical Barriers to Trade - Acordo sobre barreiras técnicas ao comércio

TRIMs - Agreement on Trade Related Aspects of Investment Measures - Acordo sobre as medidas de investimento relacionadas ao comércio

TRIPS - Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights - Acordo relativo a Aspectos de Direito de Propriedade Intelectual

UNCITRAL - Comissão Internacional de Direito Comercial das Nações Unidas

UNCTAD - United Nations Conference on Trade and Development - Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento

UNESCO - United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization - Organização das Nações Unidas para a educação, a ciência e a cultura

URSS - União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

USTR - United States Trade Representative - Representante de Comércio dos Estados Unidos

WT/DS/AB/R – World Trade, Dispute Settlement, Appellation Board Report – Identificação das decisões do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
------------------------	-----------

CAPÍTULO 1 – O PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO COMO FONTE DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E BASE DO SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO.....	17
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

1 Fontes do direito.....	19
1.1 Princípios gerais de direito como fonte do direito.....	22
1.2 Fontes do direito internacional público	25
1.3 Princípios gerais de direito como fonte do direito internacional público	29
2 O princípio no contexto do GATT 1947 e da OMC	33
2.1 Princípios basilares e princípios auxiliares na OMC	36
2.2 O contexto de adoção do princípio da não-discriminação no GATT 1947	39
3 O princípio da não-discriminação: base do sistema multilateral do comércio	42
3.1 Tratamento nacional: artigo III do GATT.....	43
3.2 Tratamento da nação mais favorecida: artigo I, §1º, do GATT	46
3.2.1 Análise das vantagens conferidas	48
3.2.2 Análise da similaridade entre produtos.....	49
3.2.3 Análise da extensão imediata e incondicional.....	52

CAPÍTULO 2 – A CLÁUSULA DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA	55
---------------------------------------------------------------	-----------

1 A CNMF no direito internacional	56
1.1 Funções da CNMF.....	60
1.2 Histórico do desenvolvimento e utilização da CNMF no direito internacional	61
1.3 Modos de redação da CNMF	68
1.4 Modos de aplicação e efeitos da CNMF	69
1.5 Natureza jurídica da CNMF	70
1.6 Interpretação da CNMF	71
1.7 Vantagens e desvantagens da adoção da CNMF	73
2 A CNMF no GATT/OMC	75
2.1 Contexto histórico de adoção da CNMF pelo GATT/OMC	76
2.2 Imprecisões relativas à aplicação da CNMF	80

CAPÍTULO 3 – A PROLIFERAÇÃO DOS ACORDOS COMERCIAIS BILATERAIS DENTRO DO SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO.....	83
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

1 Natureza jurídica, evolução e importância dos tratados bilaterais.....	85
1.1 A trajetória do fenômeno convencional.....	86
1.1.1 Da Convenção de Viena de 1815 à Primeira Guerra Mundial	88
1.1.2 Período entre guerras	89

1.1.3 Período pós 1945	91
1.2 Proliferação dos acordos bilaterais	92
1.3 Impacto da proliferação dos acordos bilaterais sobre o multilateralismo.....	97
2 Conflito e hierarquia entre fontes no direito internacional público	101
2.1 Hierarquia de fontes no direito internacional público	102
2.2 A categorização dos princípios gerais de direito.....	103
2.3 Papel dos princípios no direito internacional público.....	105

CAPÍTULO 4 – FLEXIBILIZAÇÃO E ADAPTAÇÃO DA CNMF AO FENÔMENO DA PROLIFERAÇÃO DOS ACORDOS COMERCIAIS BILATERAIS..... 109

1 Exceções admitidas pelo sistema jurídico da OMC	110
1.1 Exceções gerais: Artigo XX do GATT	113
1.1.1 Medidas específicas nas alíneas do artigo XX	116
1.1.1.1 (b) (medidas) necessárias para proteger a vida ou saúde humana, animal ou vegetal.	117
1.1.1.2 (d) (medidas) necessárias para assegurar o cumprimento de leis ou regulações que não sejam incompatíveis com as disposições deste Acordo, incluindo aquelas relacionadas à aplicação de alfândega, aplicação de monopólios regulados pelo parágrafo do artigo II e artigo XVII, a proteção de patentes, marcas e direitos autorais, e a prevenção de práticas enganosas	120
1.1.1.3 (g) (medidas) relacionadas à conservação de recursos naturais esgotáveis se tais medidas forem efetuadas conjuntamente com restrições à produção e ao consumo doméstico.....	122
1.1.2 Limitações condicionais impostas no caput do Artigo XX.....	124
1.1.2.1 Discriminação Arbitrária ou Injustificada	125
1.1.2.2 Restrição Disfarçada ao Comércio Internacional.....	126
1.2 Exceções para Acordos Regionais: Artigo XXIV do GATT	127
1.3 Tratamento especial e diferenciado	134
1.3.1 Tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento.....	139
a) aumento de oportunidades de comércio.....	140
b) medidas de apoio ao desenvolvimento econômico	142
c) períodos mais longos para a implementação.....	144
d) limitações a ações contra produtos originários dos países em desenvolvimento	145
e) assistência técnica.....	145
1.3.2 Tratamento especial e diferenciado para países menos avançados.....	147
1.4 Demais exceções à CNMF	149
1.4.1 Exceção histórica	149
1.4.2 Tráfico entre fronteiras.....	149
1.4.3 Alocação preferencial de contingentes.....	150
1.4.4 Protocolo de acesso	150
1.4.5 Defesa contra práticas desleais	151
2 Situações de harmonização dos acordos bilaterais com a CNMF.....	153
2.1 Acordos discriminatórios enquadrados nas exceções do sistema OMC por razões de adaptação às disparidades dos membros ou por objetivarem acordos regionais	153
2.1.1 Procedimento de derrogação para os acordos comerciais regionais.....	155
2.1.2 O Acordo de estabelecimento da União Européia.....	159

2. 2 Acordos discriminatórios enquadrados nas exceções do sistema OMC por se tratar de temas ou áreas não-comerciais	160
2.2.1 A proteção do meio ambiente	161
2.2.2 A proteção de pessoas	165
2.2.3 Defesa da cultura e dos conhecimentos tradicionais.....	167
2.2.4 Harmonia dos temas comerciais e não-comerciais na busca do desenvolvimento sustentável	169
2.3 Acordos discriminatórios aceitos como resultantes de pressões ao sistema ou peculiaridades dos Estados	171
2.3.1 Acordo sobre medidas de investimento relacionadas ao comércio (TRIMs)....	174
2.3.2 Os acordos bilaterais relativos a investimentos	176
 CONCLUSÃO.....	 181
 REFERÊNCIAS	 185

INTRODUÇÃO

A Cláusula da Nação mais Favorecida (CNMF) estabelecida no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) é preceito legal válido e vigente no mesmo contexto de desenvolvimento e proliferação de acordos comerciais bilaterais, qual seja, o sistema multilateral de comércio. A CNMF compõe um dos pilares deste sistema, visto que é a concretização de um de seus princípios basilares, o princípio da não-discriminação, possuindo um viés ora de flexibilidade, ora de rigidez no exercício da importante função de estabelecimento, através de acordos multilaterais, de relações comerciais não-discriminatórias, muitas vezes confrontadas com acordos bilaterais contrários a esta lógica.

A CNMF está estabelecida de modo claro logo no primeiro parágrafo do artigo I do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), demonstrando, portanto, a relevância que possui para todo o sistema multilateral de comércio regulado pela OMC. Na busca pelo estabelecimento de uma base não-discriminatória para as relações desenvolvidas no comércio internacional, a CNMF dispõe que todas as vantagens e privilégios acordados a um Membro da OMC devem imediatamente, e, sem imposição de condições, ser estendidos a todos os demais membros da organização. A imposição de tal cláusula impede que os Membros da OMC ofereçam um tratamento mais vantajoso para alguns em detrimento dos demais, conferindo a todos uma igualdade de oportunidades que proporcione um comércio internacional justo e com maiores possibilidades de crescimento e liberalização.

Todavia, este sistema multilateral de comércio não regula as relações comerciais internacionais de modo absoluto, tendo que conviver com outros instrumentos legais, que muitas vezes são contrários a sua lógica de não-discriminação, como os acordos bilaterais.

A quantidade de acordos bilaterais relacionados às trocas comerciais está crescendo. A quase totalidade de países no mundo possui algum acordo bilateral e/ou regional ao mesmo tempo em que seguem a agenda estatuída pelo sistema multilateral de comércio. Alguns destes novos acordos são estabelecidos como derrogação de tratados anteriores, mas muitos outros são estabelecidos para a inclusão de novos parceiros, o que revela o crescimento do interesse pela conclusão destes e a conseqüente expansão das trocas comerciais com bases no bilateralismo.

Em relação aos países-membro da OMC, a maioria integra um ou mais arranjos regionais, além de concluírem tratados bilaterais em diversos setores e com vários Membros ou não da organização.¹

Diante da factível inevitabilidade de proliferação destes acordos, principalmente os bilaterais, que constituem a forma mais discriminatória possível, uma vez que reduz ao máximo o número de parceiros, formou-se o debate em torno dos efeitos destes para o sistema multilateral de comércio. Isto porque sendo um sistema baseado no princípio da não-discriminação, a partir do momento em que admite acordos restritivos, arrisca a efetividade e até mesmo legitimidade de tal princípio diante dos membros da organização. Além disso, o tema da discriminação ganha relevância a partir do momento em que se constata que cerca de 25% do comércio internacional ocorre com base em alguma forma de discriminação.²

Argumenta-se que os acordos bilaterais são complementares aos acordos multilaterais estabelecidos no âmbito da OMC, mas esta visão não é única, uma vez que para vários analistas, estes tratados discriminatórios são considerados como um risco de distorção do multilateralismo. O fato é que independente da posição que se adote, a quantidade de acordos desta natureza tem aumentado, sendo que os atores mais atuantes no comércio

¹ WORLD TRADE ORGANIZATION. Disponível em: <www.wto.org>. Acesso em: 20 mai. 06.

² JACKSON, John H. **The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations**. 2. ed. Cambridge: MIT, 1999, p. 163.

internacional como os Estados Unidos e a União Européia já são parte em diversos deles, estando ainda envolvidos na negociação de outros.

Um dos argumentos mais utilizados para a justificação de preferência pelos acordos ditos discriminatórios em detrimento dos multilaterais é o fracasso das rodadas de negociações da OMC. As áreas abrangidas por tais acordos acompanharam a expansão da incidência do GATT, sendo que a maioria envolve o comércio de bens, mas vários outros temas passaram a ser tratados bilateralmente como serviços, investimentos, propriedade intelectual dentre outros.

A maioria dos novos acordos tem sido estabelecida entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, sob a justificativa de servirem como meio para estabelecimento de assistência a essas nações menos desenvolvidas. Percebe-se, portanto, que, além do problema de caráter técnico-jurídico de violação da CNMF, tais acordos podem ser ainda questionados por serem imbuídos de relações assimétricas, visto que nem todas as partes oferecem as mesmas concessões, além de que os critérios de flexibilidade e períodos de transição não são únicos.

Baseados neste quadro de estabelecimento de acordos bilaterais discriminatórios em paralelo com um sistema multilateral de comércio que busca a liberalização comercial associada a um tratamento igualitário, a conclusão mais imediata é a de que, por serem ilegítimos, tanto juridicamente, tendo em vista que violam a CNMF, como ideologicamente, por violarem os objetivos de liberalização da OMC, tais acordos devem ser abolidos. Todavia, esta é uma conclusão prematura e simplista, tendo em vista que diante da diversidade de parceiros que a OMC comporta, um tratamento absoluto como este pode comprometer até mesmo a manutenção da própria organização.

A OMC possui cerca de 150 Membros sendo que aproximadamente dois terços destes são países em desenvolvimento ou menos avançados. Diante desta assimetria

que ultrapassa os critérios econômicos, alcançando considerações políticas e sociais, e por ser inserida em um contexto internacional em constante transformação, a OMC não poderia ser instituída com base em um conjunto rígido de regras. De acordo com esta lógica é que o próprio sistema oferece a possibilidade de desrespeito ou violação de alguns de seus dispositivos ou até mesmo de seus princípios para defesa de valores considerados maiores como o desenvolvimento e a elevação do nível de vida das populações. Tais exceções são válvulas de escape que servem como legitimação para o estabelecimento e manutenção dos acordos bilaterais relativos ao comércio, sendo que muitas vezes os países, principalmente os mais ricos, fazem uso abusivo de tais exceções na defesa de seus interesses.

A problemática de adaptação do preceito não-discriminatório consubstanciado na CNMF, utilizado como instrumento de gestão do sistema multilateral de comércio, diante do fenômeno da proliferação dos acordos bilaterais relativos ao comércio será o objeto de estudo do presente trabalho. Vale ressaltar que os acordos regionais serão também considerados, sendo em vários pontos abordados em conjunto com os bilaterais, por estarem inseridos na mesma categorização de acordos discriminatórios, que parte de uma consideração de exclusão em relação aos acordos multilaterais. Além disso, muitos destes acordos regionais possuem origem em tratados bilaterais.

A forma de abordagem adotada será de retorno às fontes de origem de tais objetos jurídicos como forma de compreensão do seu papel e relevância nas relações comerciais internacionais. Desta forma, o primeiro capítulo será dedicado à análise das fontes do direito internacional, com ênfase para os princípios gerais de direito e especificamente para o princípio da não-discriminação, por ser a base da CNMF. O retorno às fontes de direito mostra-se fundamental para a demonstração do contexto em que o princípio da não-discriminação e, em última análise a CNMF, devem ser compreendidos, isto é, de que estes

não são instrumentos legais isolados, mas convivem com outras fontes, entre as quais os tratados.

No segundo capítulo será feita uma análise mais aprofundada da CNMF, desde suas características relacionadas ao direito internacional público, como funções, modos de redação e aplicação, natureza jurídica e interpretação. Tais pontos serão fundamentais para a análise do tratamento da mesma no âmbito da OMC. Considerações históricas serão também utilizadas como forma de demonstrar a evolução de tal dispositivo e assim ser estabelecida a compreensão do mesmo no momento atual. Quando do tratamento da CNMF no âmbito da OMC, serão analisadas algumas imprecisões relacionadas com sua aplicação, o que será complementado no último capítulo pela apresentação das exceções de que o próprio sistema dispõe, demonstrando que ambos os instrumentos são necessários para a flexibilização da CNMF.

Tendo sido analisada a CNMF ao longo do segundo capítulo, o terceiro capítulo apresentará o segundo elemento de análise, qual seja os acordos bilaterais. Neste capítulo será feita a abordagem dos acordos bilaterais em si, partindo da análise da utilização dos mesmos ao longo dos anos, a fim de que se possa avaliar o efeito da proliferação destes no momento atual, além de considerações relacionadas a uma suposta hierarquia entre fontes do direito, diretamente relacionada com o primeiro capítulo. Esta abordagem está posicionada neste ponto pela necessidade de que, de modo preliminar, sejam analisados os dois elementos em foco – CNMF e acordos bilaterais – para em seguida se proceder à verificação do tratamento de um conflito entre ambos e ao exame da possibilidade de solução deste pelo estabelecimento de critérios que coloquem tais instrumentos em níveis hierárquicos diferentes.

Por fim, o quarto e último capítulo tem por finalidade a apresentação de três situações que justificam o estabelecimento e manutenção dos acordos considerados

discriminatórios. A partir da apresentação das exceções à CNMF, admitidas pelo próprio sistema OMC, será demonstrado que os acordos discriminatórios podem e devem ser admitidos em paralelo com o sistema multilateral que os condenaria pelo fato de estarem inseridos em uma destas exceções que se dão por causas funcionais, como os acordos regionais, ou por classes de Estados, como o tratamento especial e diferenciado aos países em desenvolvimento ou ainda por se tratar de temas não diretamente relacionados ao comércio como meio-ambiente, pessoas e cultura. Além disso, será demonstrada a situação em que o próprio tema não permite um tratamento multilateral pelo seu caráter de especificidade em relação às variáveis a serem consideradas como os acordos de investimento, que devem ser formulados em conformidade com as particularidades de cada Estado.

Vale ressaltar, que este é um tema que ultrapassa a análise técnico-jurídica, visto que envolve fatores marcados por subjetividade e imprecisão, exigindo também uma abordagem de política internacional. Todavia, o foco almejado é o jurídico e por esta razão é que se adotou a contraposição técnica entre a CNMF e os acordos bilaterais. Sendo assim, inevitável é que em alguns momentos se leve em consideração variáveis sociais, econômicas e até políticas, mas o objetivo final do trabalho é uma análise técnico-legal de dispositivos contrários em um sistema antagônico e ao mesmo tempo harmonioso, qual seja o sistema multilateral de comércio.

CAPÍTULO 1 – O PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO COMO FONTE DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E BASE DO SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO

O princípio da não-discriminação é a pedra angular do direito internacional econômico contemporâneo. Como fonte básica do direito internacional, serve de guia às normas do sistema, sendo que com a criação da OMC e a ampliação do uso das regras comerciais internacionais, sua importância se tornou ainda mais marcante.

Todo sistema jurídico que pretende se tornar universal deve ser erigido sobre bases fortes e coerentes, em que se edificam normas que podem mudar ao longo do tempo, mas que serão guiadas pela lógica das fontes do sistema. No caso do sistema internacional de comércio, foram escolhidos alguns pilares de sustentação, entre eles o princípio da não-discriminação. Tal posicionamento é compreendido pela análise do contexto em que se deu a formação desse sistema, no qual, mais do que uma opção, o tratamento não-discriminatório e a adoção de um caráter multilateral para as trocas comerciais era uma necessidade inarredável para o importante desafio de reconstrução da economia mundial arrasada pela guerra.

Mesmo antes de oficialmente terminada a Segunda Guerra Mundial, as grandes potências da época já estavam preocupadas com o restabelecimento do sistema econômico internacional, bastante afetado pelos anos de enfrentamento. Em 1944, a vitória dos aliados já era vista como clara e certa, motivando as grandes nações, principalmente os Estados Unidos e a Grã-Bretanha, a se unirem na formação de estratégias de reconstrução da economia mundial. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, surgem novas instituições

internacionais voltadas para a formação de um sistema econômico mundial harmonioso, baseado na idéia de cooperação internacional.³

Diante desse cenário, surgiu o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT do inglês *General Agreement on Tariffs and Trade*), que mesmo não sendo uma instituição internacional, visto que sua natureza jurídica era de acordo provisório⁴, foi um primeiro passo rumo à reorganização da economia mundial com base no multilateralismo, cooperação e não-discriminação. O princípio da não-discriminação era tão fundamental como base do sistema que foi inserido logo nas primeiras linhas desse Acordo Geral, sendo caracterizado pela Cláusula da Nação Mais Favorecida e pelo Tratamento Nacional, mencionados já em seus primeiros artigos.

Além de fonte de inspiração para o estabelecimento da CNMF, o princípio da não-discriminação é ainda fonte do direito internacional público, relacionando-se com todas as demais fontes e com estas dividindo o importante trabalho de regulação de todo o contexto internacional. Uma das fontes com as quais este princípio convive, estando diversas vezes em conflito e até mesmo contradição são os tratados, categoria na qual se inserem os acordos bilaterais.

A análise de tal convivência é justamente o objetivo deste estudo, que tratará da contraposição de uma cláusula de base principiológica com acordos que aparentemente a contradizem. Sendo assim, verifica-se que no fundo a análise comportará a contraposição de fontes do direito internacional público, sendo a verificação do tratamento conferido aos princípios gerais do direito, categoria na qual o princípio da não-discriminação se insere, fundamental para a compreensão do sentido e respeito que se deve dar a tais

³ TREBILCOCK, M. J.; HOWSE, Robert. **The regulation of international trade**. 2 ed. Routledge: London, 2001, p. 20-21.

⁴ O GATT foi adotado como acordo provisório por satisfazer algumas das expectativas das partes contratantes e pelas dificuldades na aprovação de uma instituição propriamente dita. Para maiores informações ver HOEKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. **The political economy of the world trading system: the WTO and beyond**. 2 ed. Oxford University Press, 2001, p. 37.

preceitos diante das demais fontes do direito internacional público, e de modo mais específico dos acordos bilaterais.

Partindo deste pressuposto de verificação do papel dos princípios no contexto do direito internacional, a fim de conferir sua relevância e relação com as demais fontes do direito internacional público, principalmente com os acordos bilaterais, é que se propõe este primeiro capítulo a apresentar o princípio da não-discriminação, a partir de suas origens, quais sejam as fontes do direito, demonstrando seu papel desde a teoria geral do direito, passando pelo direito internacional público e indo até a posição do mesmo dentro do GATT e da OMC que o sucedeu. Este capítulo será a base de consideração e entendimento de toda a dimensão da CNMF, sendo ainda fundamental no momento posterior à apresentação dos elementos de análise – CNMF e acordos comerciais bilaterais – onde serão contrapostos em perspectivas de conflito e hierarquização originárias justamente da teoria e papel oferecidos a cada uma das fontes do direito internacional público.

1 Fontes do direito

Como regra natural, todas as coisas surgem a partir de fontes que lhes inspiram e das quais ganham vida. Com o direito isto não poderia ser diferente. A expressão “fontes do direito” é bastante discutida e ao mesmo tempo utilizada pela doutrina, na busca do estudo da gênese do direito. Todavia, esta expressão figurativa apresenta um viés de complexidade, visto que pode designar vários aspectos da ciência jurídica. Primeiramente, pode ser utilizada para designar os fundamentos de validade de uma norma, ou seja, a norma fundamental de todo um sistema. Todavia, se utilizada no plural, a expressão pode se referir às circunstâncias externas, condições sociais ou até mesmo motivos psicológicos que

influenciaram a edição de um dispositivo. Ainda se utilizada no plural, a expressão pode se referir aos métodos de formulação do ordenamento.⁵

Este pressuposto da infinidade de acepções dadas à expressão “fontes do direito” será o ponto de partida da análise proposta, em que serão consideradas diversas classificações, sendo cada qual voltada para um entendimento do que sejam tais fontes. Vale ressaltar que, pela complexidade do trato da expressão, a opção será demonstrar como a doutrina clássica ou majoritária trata o tema, mas sem menosprezar autores que pensam de modo diferente, o que é relevante para a análise aqui proposta.

Diversas fontes do direito coexistem de forma harmônica dentro do sistema jurídico. A doutrina tradicional distingue as fontes de direito em fontes formais e fontes materiais. Tal distinção encontra sua gênese nos fatos sociais e contexto em que estas foram criadas e no caráter em que se apresentam diante do regime jurídico do qual fazem parte.

As fontes formais são constituídas pelos procedimentos e métodos de formação da norma jurídica, ou seja, os caminhos pelos quais as normas ascendem à existência como normas legais, inserindo-se no direito positivo⁶ e adquirindo validade. Ao passo que as fontes materiais são formadas pelos fenômenos empíricos tanto de caráter social como econômico e científico ou ideológico que conduzem à criação ou modificação das normas de um quadro jurídico dado.⁷

Existem ainda outras classificações para estas fontes do direito, como espontâneas ou oficiais, ou ainda de formação direta ou indireta. Da superposição dessas duas classificações surgem as quatro fontes consideradas principais no estudo do direito, quais sejam: a **lei**, como oficial e direta; o **costume**, como fonte espontânea e direta; a

⁵ LEBEN, Charles. **Hans Kelsen**. Écrits français de droit international. Paris: Presses Universitaires de France, 2001, p. 61.

⁶ Direito positivo é o texto legal e físico também conhecido como direito objetivo, que por definição é o corpo de regras gerais e impessoais. Este corpo está em contraposição ao direito subjetivo, que segundo a doutrina clássica corresponde a prerrogativa individual que o sujeito de direito retira deste direito objetivo, sendo a afirmação de um poder pessoal exclusivo. AUBERT, Jean-Luc. **Introduction au Droit**. 9 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2002, p. 5 e 89.

⁷ SALMON, Jean. **Dictionnaire de droit international public**. Bruxelles: Bruylant/AUF, 2001, p. 1041.

jurisprudência, também oficial, mas indireta e a **doutrina**, considerada não-oficial e indireta.⁸

A lei é considerada a fonte primeira do direito devido à tradição religiosa, que adota a Bíblia como primeiro modo de codificação da vontade divina. No sentido formal, leis são textos adotados pelo parlamento tendo seguido um procedimento legislativo previamente acordado, ao passo que no sentido material leis são regras de direito que emanam do Estado.⁹

Já o costume, é uma fonte não escrita, mas proveniente de um uso coletivo que lhe confere obrigatoriedade, sendo considerado secundário em relação à lei. Em suma pode se dizer que costume é o direito que durante um período considerável é tido como obrigatório pela vontade de todos sem intervenção da lei. Sendo assim, o costume nasce de práticas espontâneas da sociedade em geral, adquirindo força obrigatória pelo uso constante e respeito de forma durável pela grande maioria.¹⁰

A jurisprudência é o que se entende como interpretação da lei pelos tribunais ou soluções jurídicas que de forma explícita ou implícita são utilizadas como fundamento para as decisões de justiça. Esta fonte é considerada complementar à lei, visto que realiza um trabalho de interpretação da mesma.¹¹

Por fim existe a doutrina, que etimologicamente significa o que é ensinado e pode ser definida como o arcabouço de opiniões de teóricos e práticos reconhecidos e com certo prestígio no ramo do direito. Esta fonte possui como função o estabelecimento de coerência ao sistema jurídico, esclarecendo pontos e lacunas e sendo ainda referência para o legislador.

⁸ BEAUDET, Christian. **Introduction générale et historique à l'étude du Droit**. Barcelona: Paradigme, 2002, p.109.

⁹ Ibidem, p. 110-126.

¹⁰ CARBONNIER, Jean. **Droit Civil**. Introduction. 27 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2002, p. 29.

¹¹ AUBERT, Jean-Luc. **Introduction au Droit**. 9 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2002, p.57.

Além destas fontes consideradas principais, existem outras também utilizadas pelo direito e diretamente relacionadas à análise proposta, como os princípios gerais de direito. Em última análise, os princípios gerais do direito são vistos como secundários pelo entendimento de que não sendo textuais e ao mesmo tempo possuindo um caráter genérico, perdem o caráter de obrigatoriedade e especificidade sendo utilizados somente se não houver outra forma de solucionar a questão.

Todavia, diante da importância que os princípios e, mais especificamente, o princípio da não-discriminação, representam para a análise aqui proposta, não podem ser considerados como fontes de segundo plano, até porque, conforme será demonstrado, alguns princípios são fundamentais e basilares para vários textos legais, que por sua vez serão objetos de decisões jurisprudenciais, que serão discutidas pela doutrina, tendo a possibilidade de mudar os costumes.

Logo, percebe-se que a importância desses princípios é algo real e verificável na prática e que de forma alguma deve ser menosprezada. Por estas razões e pelo objetivo da análise estar diretamente ligado ao confronto entre uma cláusula proveniente de um princípio e outros instrumentos do direito internacional contemporâneo, a partir deste ponto, as demais fontes do direito serão desconsideradas, restando como foco de análise os princípios gerais de direito.

1.1 Princípios gerais de direito como fonte do direito

A origem histórica dos princípios gerais de direito remonta à Antiguidade e às máximas do *Digesto*. Todavia, apesar de possuir este caráter histórico, os princípios gerais de direito só vieram a dispor de maior relevância após o fim da Segunda Guerra Mundial, devido ao fato de que foi neste período que a Corte Internacional de Justiça (CIJ) os

reconheceu como fontes do direito mencionando “os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas” em seu artigo 38.¹²

Os princípios gerais de direito estão mais presentes no direito internacional e no direito público, não sendo, contudo, estranhos ao direito privado, como na célebre decisão *Boudier* de 15 de junho de 1892, que trouxe à luz o princípio da equidade que proíbe o enriquecimento em detrimento de outro, ou ainda na decisão datada de 31 de maio de 1991, relacionada à barriga de aluguel, onde a Corte invocou o princípio da indisponibilidade do estado de pessoa.¹³

Princípios são considerados textos de valor diverso, em geral revelados por um trabalho jurisprudencial e colocados em evidência pela doutrina. Existem autores que relacionam a gênese dos princípios às demais fontes do direito, mas conforme verificado, nota-se que isto é uma via de mão-dupla, uma vez que todas as fontes se relacionam, uma influenciando a outra. Vale ressaltar que a referência feita a diversos princípios se dá por meio de expressões em latim como o célebre *pacta sunt servanda* (o contrato faz lei entre as partes), mas isso não é obrigatório.

Conforme mencionado, esta é uma fonte nem sempre considerada relevante, diante das demais, o que leva grande parte da doutrina tradicional a tratá-la em pontos apartados de suas obras e em geral classificando-a como “outras fontes de direito”, sob o argumento de que estas são fontes secundárias não sendo escritas e com autoridade ou obrigatoriedade variável. Esta fonte é ainda analisada juntamente com a doutrina, que para alguns também possui um valor ou autoridade incerta.¹⁴

¹² BEAUDET, Christian. **Introduction générale et historique à l'étude du Droit**. Barcelona: Paradigme, 2002, p. 147-148.

¹³ Do texto original: «principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui e principe de l'indisponibilité de l'état de la personne » In: BEIGNIER, Bernard; BLÉRY, Corinne. **Manuel d'introduction au droit**. Paris: Presses Universitaires de France, 2004, p. 180.

¹⁴ BEAUDET, Christian. **Introduction générale et historique à l'étude du Droit**. Barcelona: Paradigme, 2002, p. 147. Este autor trata os princípios gerais de direito em sessão apartada das demais fontes consideradas mais importantes, colocando os princípios como fontes **duvidáveis** juntamente com a doutrina. Todavia, ele afirma que os princípios são mais **confiáveis** pelo seu valor constitucional.

Ao tratarem dos princípios, vários doutrinadores o fazem em associação ao direito natural. Entretanto, deve ser esclarecido que os princípios gerais de direito aqui considerados como importantes e até mesmo imprescindíveis para a prática jurídica se distinguem dos princípios de direito natural, visto que podem ser vistos como verdadeiras regras de direito positivo ao serem pronunciados nas diversas cortes de justiça. Inclusive, considera-se que uma das funções fundamentais desses princípios é justamente fornecer uma expressão da chamada mesa de valores relacionada a determinado tema, tratado pelo direito positivo.¹⁵

Mesmo com esta parcela dos autores que tratam os princípios como fontes de menor importância, existem outros que consideram o papel destes como fundamental dentro do direito, inclusive caracterizando alguns deles como supranacionais ou constitucionais, o que lhes confere um valor supralegislativo, ou seja, podem se impor ao legislador.¹⁶ Esses princípios gerais, também conhecidos como *supra legem*, diferenciam-se dos costumes pelo fato de não serem produtos espontâneos das opiniões coletivas, como estes últimos o são. Eles surgiram de uma prática jurídica de caráter científico e não como uma prática massiva que posteriormente se torna um princípio. Estes princípios podem sim ser o reflexo do espírito da coletividade, mas não se confundem com a positivação de práticas coletivas reiteradas. Por exemplo, o princípio do contraditório nasce da estrutura mental do cidadão que não aceita ser julgado sem ter sido ouvido de modo prévio, refletindo o social, mas ao mesmo tempo ganhou *status* de princípio pela construção jurídica realizada na prática dos tribunais.

¹⁵ Os princípios gerais do direito não podem ser menosprezados pelo fato de não estarem positivados, uma vez que quando citados nas decisões judiciais ou quando disposto como base de sistema ou ordenamentos adquirem a positividade. Decisões que mencionam tais princípios gerais de direito podem ser verificadas em: BEAUDET, Christian. **Introduction générale et historique à l'étude du Droit**. Barcelona: Paradigme, 2002, p. 148.

¹⁶ BEIGNIER, Bernard; BLÉRY, Corinne. **Manuel d'introduction au droit**. Paris: Presses Universitaires de France, 2004, p. 179-181.

Por fim, vale ainda esclarecer a diferença entre princípios e máximas que muitas vezes são confundidos, mas na verdade, são coisas distintas. Os princípios são expressos em palavras ou expressões ordinárias, ao passo que as máximas estão relacionadas a imagens. Como por exemplo, o princípio da liberdade comercial e a máxima de que “aquele que pode e não impede, peca”.¹⁷

Uma vez compreendidos os princípios gerais do direito como fonte na teoria geral do direito, dar-se-á prosseguimento à análise desta fonte no direito internacional público. A diferenciação feita entre os princípios como fonte do direito geral e fonte do direito internacional público está sendo realizada por uma questão didática e para uma maior especificação dos mesmos, que possuem objetos e fatos de incidência diferentes, mas em ambos se consideram os princípios gerais de direito.

1.2 Fontes do direito internacional público

O direito internacional público é um ramo independente do direito. Diferencia-se do direito internacional privado em razão do objeto, uma vez que o público regula as relações entre Estados soberanos, e o privado se ocupa das relações entre particulares ou pessoas morais privadas. Além disso, não se confunde com o direito das gentes (*jus gentium*), sendo o direito internacional mais próximo da noção de direito entre nações, ao passo que o direito das gentes possui uma perspectiva mais ampla de um direito comum às gentes.¹⁸

Sendo assim, partindo da compreensão de que o direito internacional público é um ramo do direito distinto dos demais, será demonstrado de modo preliminar, o conjunto das fontes de direito utilizadas neste campo, visto que possuem certa especificidade

¹⁷ Do original em francês “qui peut et n’empêche pêche”. In: ROLAND, Henri; BOYER, Laurent. **Introduction au droit**. Paris: Litec, 2002, p. 357.

¹⁸ DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Droit international public**. 7. ed. Paris: L.G.D.J, 2002, p. 36 e 37.

em relação à teoria das fontes do direito em geral verificada na primeira seção, para em seguida ser feita a análise dos princípios de modo específico.

Em se tratando do campo particular do direito internacional público, as fontes podem ser consideradas tanto do ponto de vista jurídico como político. Em outras palavras, pode se afirmar que estas funcionam tanto para finalidades de formação e trato do corpo jurídico adotado, como para fins de defesa de interesses políticos. Esta defesa de interesses políticos pelo uso das fontes de direito não é tão fácil, tendo em vista o pressuposto de que em direito internacional o fundamento principal é o do consentimento, devendo ser da vontade de todos que determinado dispositivo efetivamente entre em vigor.¹⁹ Todavia, este caráter de manipulação política não pode ser meramente afastado, apesar de que para a análise deste tópico, o entendimento estará voltado para o referencial jurídico das fontes.

A doutrina varia bastante em relação à determinação do conteúdo e da classificação das fontes²⁰ aplicadas no direito internacional, existindo autores que defendem o ponto de vista de que somente os fatos sociais puros são fontes de direito internacional. Entretanto, verifica-se que parte considerável da doutrina clássica distingue as fontes do direito internacional público em três categorias: fundamento do caráter obrigatório deste ramo do direito, fontes materiais e fontes formais.

Esta classificação adota o significado da palavra fonte como parâmetro para sua categorização sendo a primeira relativa ao fundamento que confere o caráter de validade e obrigatoriedade ao direito internacional. Já as fontes materiais são fenômenos de ordem empírica ou ideológica, seja moral, religioso ou político que levam à criação ou modificação de um ordenamento jurídico, explicitados pela doutrina ou pelos sujeitos de direito. Tais fontes determinam o conteúdo dos regramentos, visto que são baseadas nos desejos práticos dos Estados ou nas exigências momentâneas provenientes da consciência coletiva. Neste

¹⁹ ALEDO, Louis-Antoine. **Le droit international public**. Paris: Dalloz, 2005, p. 66.

²⁰ A adoção do termo fonte pode ser um pouco enganosa, visto que possui certa carência de rigor. Todavia, esta é a terminologia utilizada com frequência por toda a doutrina.

sentido, são fontes materiais do direito internacional público contemporâneo: a evolução da ciência e da tecnologia que tem transformado o direito do mar e a descolonização que fez nascer a comunidade internacional de Estados soberanos, entre outros fenômenos e práticas.²¹

Em paralelo, existem as fontes formais, que são procedimentos adotados pelo regime jurídico que cria ou modifica as normas deste.²² Em suma, as fontes materiais fornecem o conteúdo do direito ao passo que as fontes formais tratam da incorporação deste, cada qual com seu papel específico e importante ao mesmo tempo.

Vale ressaltar que norma e fonte formal não se confundem em direito internacional, visto que uma norma é criada de acordo com procedimentos estabelecidos por fontes formais. Além disso, uma mesma fonte pode originar várias normas ou uma norma pode ser resultado da utilização de diversas fontes. Importante esclarecer esta distinção neste momento, visto que isso será retomado mais adiante na abordagem da existência de uma hierarquia de fontes e normas no direito internacional.

Em relação ao direito internacional público, particularmente, a enumeração de suas fontes formais encontra-se positivada, de modo indireto no § 1º do art. 38 do Estatuto da CIJ:

“A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a) as **convenções internacionais**, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b) o **costume internacional**, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c) os **princípios gerais de direito**, reconhecidos pelas nações civilizadas²³;

²¹ SORENSEN, Max. **Les sources du droit international**: étude sur la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale. Copenhague: E. Munksgaard, 1946, p. 13-14.

²² As fontes materiais expressam as idéias dominantes em um determinado período, sendo mais variáveis do que as fontes formais. A importância dada a uma ou outra varia de acordo com o período histórico, visto que as fontes formais podem servir para legitimar as fontes materiais, que por sua vez transformam os atos internacionais, influenciando o nascimento do direito positivo. SALMON, Jean. **Dictionnaire de droit international public**. Bruxelas: Bruylant/AUF, 2001, p. 1042.

²³ A expressão nações civilizadas é considerada ultrapassada devendo ser entendida como todos os Estados. Além disso, este é considerado um conceito não-jurídico e ofensivo a outros tipos de povos que não são

d)sob ressalva da disposição do Artigo 59, as **decisões judiciais e a doutrina** dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.” (grifo nosso)

A análise deste artigo demonstra que o mesmo não menciona o termo “fontes do direito internacional” de forma clara, enunciando apenas a natureza das regras que a Corte está autorizada a aplicar, quais sejam regras de natureza convencional, costumeira ou baseadas nos princípios gerais de direito. Por esta razão e pela prática corrente do direito internacional, são admitidas outras fontes não mencionadas pelo Estatuto, mas que nem por isso têm sua aplicação proibida. Exemplo de tais fontes são os atos unilaterais dos Estados ou das Organizações Internacionais, visto que tais sujeitos possuem um poder normativo e decisório próprios e que podem criar dispositivos aplicáveis a toda a comunidade internacional, como as decisões do Conselho de Segurança das Nações Unidas.²⁴

Apesar de ser bastante criticado em razão de seu caráter obsoleto, visto que dá muita importância a doutrina e utiliza formulações inusitadas, além de ser considerado incompleto, por deixar de citar ainda o *jus cogens* e os atos internos que afetam o direito internacional, este artigo é invocado em diversos tratados e textos utilizados pela sociedade internacional, o que amplia ainda mais seu campo de incidência e evidencia sua aceitabilidade. Desta forma, percebemos que possui uma aceitação praticamente universal, o que demonstra sua relevância para o direito internacional, sendo um texto considerado como referência para o estudo das fontes do direito internacional.²⁵

Alguns doutrinadores, ainda classificam as fontes do direito internacional como escritas ou não-escritas enquanto outros em convencionais ou não convencionais, argumentando que esta distinção é relevante pelo fato de esclarecer que o direito internacional

inferiores aos europeus considerados como civilizados quando da edição do dispositivo. CAVAGLIERI, Règles générales du droit de la paix, RCADI, vol. 26, 1929-I, P. 327-328. In: KOLB, Robert. **Les cours généraux de droit international public de l'Académie de La Haye**. Bruxelas: Bruylant, 2003, p.23.

²⁴ SALMON, Jean. **Dictionnaire de droit international public**. Bruxelas: Bruylant/AUF, 2001, p. 1043.

²⁵ BLACHÈRE, Philippe. **Droit des relations internationales**. Paris: Litec, 2004, p. 9.

não se constitui como um todo consensual.²⁶ De acordo com esta classificação, somente os tratados são fontes convencionais, sendo todas as demais fontes não-convencionais, incluindo os atos voluntários e unilaterais dos Estados e organismos internacionais outrora mencionados. Percebe-se que esta classificação coloca em evidência a doutrina do direito dos tratados²⁷ e ao mesmo tempo inclui fontes não citadas pelo Estatuto da CIJ.

Tendo em vista o objetivo principal deste trabalho e o caráter limitado da análise, assim como ocorreu no caso da teoria das fontes do direito em geral, não é possível a elaboração de uma análise exaustiva de todas as fontes do direito internacional, razão pela qual serão deixadas de lado questões doutrinárias de classificação de fontes para o direcionamento do foco ao trato dos princípios gerais de direito no direito internacional público.

1.3 Princípios gerais de direito como fonte do direito internacional público

Os princípios gerais de direito utilizados como fonte no direito internacional público são aqueles considerados comuns aos ordenamentos jurídicos internos e que a jurisdição internacional transpõe à ordem jurídica internacional.²⁸

A doutrina não é unânime em relação à aplicação direta e autônoma destes princípios, existindo inclusive autores reconhecidos que chegam a considerar que os princípios gerais do direito não são fontes do direito internacional, pelo fato do direito internacional não aceitar generalizações, sendo um direito de essência particular, uma vez que

²⁶ DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Droit international public**. 7 ed. Paris: L.G.D.J, 2002, p. 116.

²⁷ O direito dos tratados faz parte de uma extensa doutrina responsável por formar a base de entendimento das normas convencionais que regem o direito internacional, definindo seu processo de elaboração e condições de aplicação. Os mecanismos utilizados na confecção dos tratados, assim como a determinação de seu significado, a forma como são oponíveis aos demais sujeitos, os efeitos decorrentes e os eventos relacionados a sua existência constituem os objetos de estudo deste ramo do direito. COMBACAU, Jean; SUR, Serge. **Droit international public**. 5 ed. Paris: Montchrestien, 2001, p. 10.

²⁸ BLACHÉ, Philippe. **Droit des relations internationales**. Paris: Litec, 2004, p.14.

formado pela vontade pontual dos Estados participantes da comunidade internacional.²⁹ Todavia, tal opinião possui um caráter isolado, uma vez que conforme verificado os princípios são positivamente reconhecidos como fonte e utilizados na prática como tal.

Vale ressaltar que também no direito internacional público, os princípios gerais de direito não se confundem com o costume, mesmo tendo ambos origem estatal. Isto porque os princípios aqui mencionados são os princípios gerais do direito e não os princípios gerais do direito internacional que realmente poderiam nascer dos costumes. Neste ponto pode ser citado o caso “Comunidades Européias – Hormônios” em que o princípio da precaução³⁰ foi utilizado pelas Comunidades Européias para interpretação do disposto no artigo 5º, §7º do Acordo sobre a aplicação de medidas sanitárias ou fitossanitárias (Acordo SPS do inglês *Agreement on the application of sanitary and phytosanitary measures*)³¹, restando dúvida, por parte do Órgão de Apelação, se este princípio de fato já possuía *status* de princípio geral do direito tendo extrapolado o campo do direito ambiental internacional ou se deveria ser considerado como um costume.³²

²⁹ Cavaglieri defende o posicionamento de desconsideração dos princípios gerais de direito como fonte, mas atenua seu ponto de vista admitindo que sendo o direito internacional coordenado por uma diversidade de Estados, a base jurídica não pode ser separada de princípios fundamentais conseqüentes destas relações. Sendo assim, tais regras de acepção universal formam a base para a construção do direito particular inerente ao direito internacional. CAVAGLIERI, Règles générales du droit de la paix, RCADI, vol. 26, 1929-I, P. 322-326. In: KOLB, Robert. *Les cours généraux de droit international public de l'Académie de La Haye*. Bruxelas: Bruylant, 2003, p.23.

³⁰ Agir em conformidade com o princípio da precaução ou ter uma abordagem cautelar seria proceder de forma precavida visando proteger contra riscos sem esperar resultados conclusivos de análises científicas. Sendo assim, os governos podem tomar medidas para prevenir riscos à saúde de sua população mesmo sem provas científicas suficientes em relação a este risco. Para maiores informações sobre o princípio da precaução ver: NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. **O conteúdo jurídico do princípio da precaução no direito ambiental brasileiro**. BENJAMÍN, Antonio Hernán (Dir-Editor), 2002. NOIVILLE, Cristine. **Ciência, decisão, ação: três observações em torno do princípio da precaução**. Governo dos riscos, Brasília, 2005.

³¹ Artigo 5, § 7º do SPS. “Quando as provas científicas pertinentes sejam insuficientes, um membro poderá adotar provisoriamente medidas sanitárias ou fitossanitárias com base na informação pertinente disponível, incluindo as provenientes de organizações internacionais competentes e as medidas sanitárias ou fitossanitárias aplicadas por outros Membros. Nestas circunstâncias, os Membros trataram de obter as informações adicionais necessárias para uma avaliação mais objetiva do risco e revisarão em conseqüência a medida sanitária ou fitossanitária em um prazo razoável.”

³² “Finalmente, contudo, o princípio da precaução, por ele mesmo e sem uma direção clara do texto nesse sentido, não isenta o painel da obrigação de aplicar os princípios normais (ou seja, direito consuetudinário internacional) de interpretação de tratados no exame de dispositivos do Acordo SPS.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Comunidades Européias – Hormônios” WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R, 16 Jan. 1998, § 124.

Autores que seguem a doutrina voluntarista consideram que estes princípios só possuem valor jurídico se expressamente autorizados por alguma base convencional. Segundo estes, a utilização direta dos princípios deve ocorrer somente em relação a CIJ. Para os demais atores como Estados e para os demais aplicadores como tribunais e cortes arbitrárias, estes princípios devem ser vistos como fontes primárias de regras positivadas, sendo estas últimas as que realmente devem ser consideradas. Portanto, tais princípios não se impõem por força própria e sim por intermédio da autorização convencional.³³

Deixando de lado as contradições doutrinárias em relação ao lugar que o princípio deve ocupar no direito internacional, como fonte supletiva ou não, será adotado o entendimento de que os princípios gerais do direito como fonte formal do direito internacional público têm uma aplicação direta e isto é assim desde 1794, quando os tribunais e cortes arbitrais decidiam com base estritamente principiológica. Sendo assim, o que a CIJ fez ao enunciar os princípios como fonte formal do direito foi positivar uma prática já recorrente, sendo que o fez de forma clara, enunciando a aplicação desta fonte independente de autorização convencional. Além disso, este artigo possui a função de conferir aos aplicadores do direito a missão de receber os princípios já consagrados nos ordenamentos nacionais, evitando a criação de outros.³⁴

Quando se adota o posicionamento de que os princípios gerais do direito são fontes importantes e de aplicação direta, não se desconsidera a função destes de suprir lacunas dos ordenamentos internacionais, tendo em vista que podem auxiliar na aplicação das demais fontes. Ao delimitar as fontes aplicáveis, o artigo 38 limita a ação jurisdicional internacional e ao mesmo tempo positiva a ação do juiz de suprir eventuais falhas do sistema com a utilização

³³ ROCHE, Catherine. *L'essentiel du droit international public et du droit des relations internationales*. 2 ed. Paris: Gualino, 2003, p. 33.

³⁴ Há quem entenda que estes princípios nascem das próprias decisões e práticas internacionais, mas esta interpretação leva a confusão corrente de considerar princípios como convenção de um costume e isso não é correto. Vale esclarecer ainda, que estes princípios consagrados como gerais são os presentes na grande maioria dos sistemas jurídicos considerados, devendo ainda ter um caráter de transponibilidade, ou seja, compatíveis com os demais fundamentos do ordenamento internacional. ALEDO, Louis-Antoine. *Le droit international public*. Paris: Dalloz, 2005, p. 88.

dos princípios gerais de direito, uma vez que se busca evitar a situação em que um juiz se declare incapaz de julgar alegando a não existência de regras de direito internacional aplicáveis ao caso específico (*non liquet*).³⁵

Há quem considere que as fontes descritas neste artigo possuem uma ordem relativa a sua utilização, no sentido de que primeiramente se dá preferência à aplicação das convenções e costumes por serem mais palpáveis e menos aleatórias. Mas, o entendimento majoritário é de que não há hierarquia entre estas fontes.³⁶ Sendo assim, apesar de opiniões contrárias que consideram os princípios como fontes secundárias, conforme mencionado, eles não podem ser vistos como fontes de segundo plano, uma vez que a prática demonstra que são evocados mesmo sem previsão convencional. Autores que consideram os princípios como fontes secundárias argumentam que pela evolução do sistema de fontes no direito internacional, aos princípios ficou reservado um espaço menos relevante do que ao corpo normativo convencional ou costumeiro.³⁷ Todavia, será demonstrado ao longo da análise que os princípios são fontes bastante relevantes, sendo utilizados para a criação de regras como a CNMF em análise e são freqüentemente invocados pelos juízes internacionais.

A importância dos princípios ainda é verificada na prática, quando da interpretação de diversos textos legais como o Acordo SPS da OMC. A interpretação dada a tal acordo procura equilibrar o aumento das trocas baseadas em um livre comércio, com a utilização de medidas sanitárias ou fitossanitárias, juntamente com padrões de proteção definidos pelos próprios Membros, não podendo representar barreiras ao comércio. Esta intenção foi confirmada pelo Órgão de Apelação no caso “Comunidades Europeias – Hormônios”.³⁸

³⁵ ROCHE, Catherine. op. cit., p. 34.

³⁶ BLACHÉ, Philippe. **Droit des relations internationales**. Paris: Litec, 2004, p. 8.

³⁷ ALEDO, Louis-Antoine. **Le droit international public**. Paris: Dalloz, 2005, p. 87.

³⁸ “Em termos gerais, o objeto e o propósito do Artigo III é promover a harmonização de medidas sanitárias e fitossanitárias dos Membros da forma mais abrangente possível, ao mesmo tempo em que se reconhece e se salvaguarda o direito e o dever do Membro de proteger a vida e a saúde de sua população. O fim último da

Verificado o tratamento dos princípios tanto na teoria do direito quanto no direito internacional público, resta ainda proceder à análise do papel destes no contexto do GATT 1947 e da OMC.

2 O princípio no contexto do GATT 1947 e da OMC

A OMC é responsável pela coordenação das relações comerciais internacionais, guiadas por uma economia mundial que considera políticas nacionais, mas que ao mesmo tempo as uniformiza.³⁹ Esta é exatamente a distinção entre uma economia internacional, que convive com as diversas políticas dos diferentes Estados e a economia mundial, onde estas distinções tendem a desaparecer. O direito internacional público está relacionado à segunda ao passo que o privado regula a primeira.

Com a criação da OMC, completou-se o desenho original do sistema econômico projetado após o fim da Segunda Guerra.⁴⁰ Todavia, esta instituição se diferencia daquelas constituídas em *Bretton Woods* (Fundo Monetário Internacional - FMI e Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento - BIRD), pelo fato de não ter um caráter de instituição financeira com recursos a serem destinados aos membros de acordo com

harmonização das medidas sanitárias e fitossanitárias é impedir o uso de tais medidas para discriminação arbitrária e injustificada entre os Membros ou como uma restrição disfarçada ao comércio internacional, sem impedir que os Membros adotem ou façam cumprir medidas que são ao mesmo tempo ‘necessárias para proteger’ a saúde e a vida e ‘baseadas em princípios científicos’, e também sem requerer que eles alterem seus próprios níveis adequados de proteção.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Comunidades Europeias – Hormônios” WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R, 16 Jan. 1998, § 177.

³⁹ Paranaguá afirma que: « [...] *l'ensemble des relations économiques ne sera que le reflet de la coexistence des économies nationales tant qu'il existera des différences politiques entre les divers Etats* ». Verifica-se portanto, que segundo este autor uma economia mundial surgirá a partir do momento que exista uma organização política e jurídica uniforme e que coordene os aspectos desta, o que foi alcançado com a criação da OMC. PARANAGUÁ, O. **Politique commerciale internationale**. Genebra: Kundig, 1930, p.12.

⁴⁰ O desenho original do sistema econômico projetado em *Bretton Woods* foi modificado ao longo dos anos, visto que mesmo o FMI e o BIRD desviaram-se de suas funções originárias. Todavia, uma organização que tratasse do comércio internacional já era prevista neste desenho e é neste sentido que é mencionado a completude do mesmo pela constituição da OMC.

sua contribuição e necessidade. Ela é sim uma organização internacional⁴¹, mas constituída com uma finalidade diferente, qual seja, regular as relações comerciais, almejando credibilidade, aceitabilidade e observância de suas regras.⁴²

Tendo esta incumbência no cenário internacional, a OMC conta com um conjunto de anexos, que associados ao seu Acordo Constitutivo conferem maior juridicidade ao sistema. Este aparato normativo foi formulado com base em uma alta técnica jurídica e como primeira instituição econômica multilateral criada pós-guerra fria, a OMC representou a passagem de um modelo de relações internacionais do tipo bipolar, para um outro do tipo multipolar. O termo GATT⁴³ deixou de existir como órgão internacional, mas continuou vigorando enquanto sistema de regras do comércio internacional.⁴⁴

O GATT original (1947) está inserido no atual sistema da OMC. Além de ter cedido à nova organização seus princípios basilares, outrora aplicados apenas ao comércio de bens, também trouxe os primeiros elementos constituintes do atual Sistema de Solução de Controvérsias da OMC.

Com a criação da nova organização, o GATT 1947 se transformou no GATT 1994, passando a integrar o Acordo Constitutivo da OMC em seu Anexo I. Para isso, o

⁴¹ De acordo com o entendimento de Ângelo Piero Sereni, “organização internacional é uma associação voluntária de sujeitos de direito internacional, constituída por ato internacional e disciplinada nas relações entre as partes por normas de direito internacional, que se realiza em um ente de aspecto estável, que possui um ordenamento jurídico interno próprio e é dotado de órgãos e institutos próprios, por meio dos quais realiza as finalidades comuns de seus membros mediante funções particulares e o exercício de poderes que lhe foram conferidos”. MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 21.

⁴² SACERDOTI, Giorgio. A transformação do GATT na Organização Mundial do Comércio. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (Coord). **Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?: a OMC e o Brasil**. São Paulo: LTr, 1998, p. 52.

⁴³ O acrônimo “GATT” significa “Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio”. Tendo sido criado entre Estados, busca eliminar a discriminação e reduzir tarifas e outras barreiras ao comércio de bens. Sua utilização pode variar bastante podendo estar relacionado tanto ao Acordo de bens presente no Anexo I, como ao sistema multilateral anterior, assim como ao Secretariado deste. Nesta análise específica, o termo será utilizado para designar as obrigações presentes no GATT de 1994, ao passo que em relação ao GATT 1947, será citado o ano.

⁴⁴ O GATT original foi celebrado em 1947 tendo sido alterado pela última vez em 1965. Após esta data, seu texto continuou o mesmo, apesar de conviver com disciplinas adicionais provenientes de acordos bilaterais, como os da Rodada Tóquio, que vinculavam apenas as partes contratantes destes. O GATT 1947 foi formalmente encerrado em 1996, apesar de seus dispositivos e instrumentos legais terem sido herdados pelo GATT 1994, que também possui em seu corpo esclarecimentos via Entendimentos que buscam adaptar os sistemas.

GATT de 1947 sofreu algumas alterações relativas a artigos que se mostraram ultrapassados ou ambíguos e em relação a questões como balança de pagamento e uniões aduaneiras. Todavia, esta remodelagem não modificou os princípios basilares do mesmo, os quais continuam a ser adotados pela nova organização.⁴⁵ Em suma, o GATT continua, de certa forma, a regular o comércio internacional, contudo, passa a vigorar no âmbito da OMC e sob uma nova roupagem, havendo quem entenda que a OMC significou uma “aceitação praticamente *erga omnes* de uma visão *gattiana* ampliada – GATT *plus* – de organização da economia mundial.”⁴⁶

A estrutura do Acordo Constitutivo da OMC ficou sendo a seguinte:

ANEXO 1

ANEXO 1A: Acordos Multilaterais sobre o Comércio de Bens

Acordo Geral de Tarifas e Comércio 1994

Acordo sobre Agricultura

Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias

Acordo sobre Têxteis e Vestuário

Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio

Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio

Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994

Acordo sobre a Implementação do Artigo VII do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994

Acordo sobre Inspeção Pré-embarque

Acordo sobre Regras da Origem

Acordo sobre Procedimentos para Licença de Importação

Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias

Acordo de Salvaguardas

ANEXO 1B: Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços e Anexos

ANEXO 1C: Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio

ANEXO 2: Entendimento sobre as regras e procedimentos para Solução de Controvérsias

ANEXO 3: Mecanismo de Revisão de Política Comercial

ANEXO 4: Acordos Plurilaterais de Comércio

Acordo sobre o Comércio de Aeronaves Civis

Acordo sobre Compras Governamentais

A partir da constituição da nova organização, o GATT passou a ser apenas um dos acordos sobre bens da OMC. Todavia, sua importância é considerável, visto que apesar de estar relacionado ao comércio de bens, seus princípios fundamentais aplicam-se

⁴⁵ RAINELLI, Michel. **A Organização Mundial do Comércio**. Lisboa: Terramar, 1998, p. 123.

⁴⁶ LAFER, Celso. O sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (Coord.). **Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?: a OMC e o Brasil**. São Paulo: LTr, 1998, p. 734.

atualmente também ao comércio de serviços e aos direitos de propriedade intelectual (Acordo geral sobre comércio de serviços – GATS do inglês *General agreement on trade in services* e Acordo sobre os aspectos de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio - TRIPS do inglês *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*, respectivamente). Além disso, verifica-se que seus dispositivos se aplicam em todos os casos analisados mesmo quando outros acordos da OMC forem aplicáveis, desde que não haja conflito. Em caso de conflito, o GATT não prevalece, visto que os outros acordos do Anexo 1A são mais específicos.⁴⁷ Além disso, o Acordo constitutivo da OMC sempre prevalece sobre todos os demais acordos até porque os mesmos são anexos deste.⁴⁸ Esta constatação é regulada pelo artigo 16º, § 3º, do Acordo Constitutivo da OMC.

2.1 Princípios basilares e princípios auxiliares na OMC

Conforme mencionado, determinados princípios formavam a base de sustentação do GATT 1947 e continuam orientando as relações comerciais na OMC.⁴⁹ Juntamente com estes existem os chamados princípios auxiliares, deixando claro que esta denominação não retira a importância dos mesmos, mas os coloca em uma escala inferior aos basilares. Os princípios basilares estão estruturados em dois pilares: **não-discriminação** e

⁴⁷ Nota interpretativa genérica ao Anexo 1 A: “No caso de um conflito entre um dispositivo do [GATT 1994] e um dispositivo de outro acordo do Anexo 1 A do [Acordo da OMC], o dispositivo do outro acordo deverá prevalecer na medida do conflito.” Este conflito de normas entre o GATT e outros Acordos da OMC foi suscitado em diversas disputas como: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Comunidade Européia – Bananas III”, WT/DS27/AB/R, 09 Set. 1997, § 155; Relatório do Órgão de Apelação. “Argentina – Medidas de Salvaguarda na Importação de Calçados”, WT/DS121/AB/R, 12 Jan. 2000, §§ 81 e 83; e Relatório do Órgão de Apelação. “Brasil – Medidas Afetando Coco Ralado”, WT/DS22/AB/R, 20 Mar. 1997, § 16.

⁴⁸ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO. **Curso sobre Solução de Controvérsias na Organização Mundial do Comércio**. Módulo 3.5. - GATT 1994. Nova York: Nações Unidas, 2003, p.12. Disponível em: <http://www.mre.gov.br/portugues/ministerio/sitios_secretaria/cgc/curso_unctad.asp> Acesso em: 14 fev. 06.

⁴⁹ O preâmbulo do Acordo constitutivo da OMC dispõe a respeito da continuidade de observância destes princípios basilares: “Determined to preserve the basic principles and to further the objectives underlying this multilateral trading system [...]”

reciprocidade. O princípio da não-discriminação é o que será tratado neste trabalho por se subdividir em tratamento nacional e nação mais favorecida, sendo a última fonte da CNMF.

Já em relação aos princípios auxiliares, são classificados pela doutrina de diversas formas, que os divide ou subdivide de acordo com os interesses de cada autor. Em relação aos basilares não existe este problema, visto que são apresentados de modo idêntico por todos os estudiosos do tema. Logo, para o estudo proposto a diversidade de modos de classificação dos princípios auxiliares não se constitui como um problema, tendo em vista que a CNMF surge de um princípio basilar unânime. Todavia, serão apresentados alguns princípios auxiliares, por complementarem a aplicação do princípio da não-discriminação e conseqüentemente da CNMF.

O primeiro deles é o da Proteção Transparente⁵⁰, segundo o qual a proteção aos setores econômicos nacionais deve ser feita por meio de tarifa, por ser considerada a forma mais transparente de divulgação do grau de proteção, além de ser tido como menor provocador de distorções ao comércio internacional. Vale ressaltar, portanto, que os Estados não estão impedidos de proteger seus setores nacionais, desde que o façam através de tarifas. Associados a este princípio estão os da Base Estável para o Comércio, Concorrência Leal e Proibições de Restrições Quantitativas a Importações⁵¹. Estes princípios buscam adequar o comércio de forma leal e justa, tentando equiparar os parceiros comerciais dentro de um livre comércio sem práticas desleais como dumping e subsídios. Sendo assim, nota-se que tais princípios, ao buscarem um chamado comércio justo no sentido de igualdade de condições e oportunidades de concorrência e participação, auxiliam o princípio da não-discriminação e a aplicação da CNMF, visto que estes partem do pressuposto da existência de um comércio desta natureza.

⁵⁰ Este princípio é encontrado no Entendimento sobre Dispositivos de Balanço de Pagamentos do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994. Tal entendimento constitui parte do GATT e busca esclarecer obrigações existentes nos dispositivos do mesmo, além de também fazer menção a medidas de transparência e obrigações de consulta.

⁵¹ Princípios mencionados na considerada Parte II do GATT que engloba os artigos IV a XIX.

Todavia, ao mesmo tempo em que estes princípios buscam equiparar parceiros, existem outros que são considerados como o contrapeso a esta base fixa de liberalismo e igualdade. Alguns destes são: Adoção de Medidas de Urgência, previstas no art. XIX, a respeito da permissão de salvaguardas e no art. XXV, a respeito de Wainer (país pode pedir isenção de algum compromisso assumido); Reconhecimento de Acordos Regionais (artigo XXIV do GATT) e Condições Especiais para Países em Desenvolvimento (artigos XXIX e XXX do GATT). Estes princípios são vistos como portas de exceções ou verdadeiras válvulas de escape, como dizem os críticos, ao princípio maior de não discriminar.

De acordo com o princípio do reconhecimento de acordos regionais, é permitida certa isenção ao cumprimento da CNMF em caso de integração de economias regionais, desde que respeitem certas condições: não impor barreiras aos outros contratantes utilizando como pretexto o acordo, eliminação dos obstáculos relativos à parcela representativa do comércio da região e utilizar tarifas e regras não mais restritivas do que as existentes antes do processo de integração. Já as condições especiais aos países em desenvolvimento, implicam em reconhecer a condição distinta destes, havendo a previsão de que os países desenvolvidos devem prestar assistência aos menos desenvolvidos e que os últimos devem ter condições mais favoráveis de acesso a mercados.

Sendo assim, percebe-se que o próprio sistema se mostra em uma primeira análise contraditório ao admitir princípios de certa forma antagônicos, mas que só existem em virtude do respeito de certas condições que serão mais bem analisadas ao longo do trabalho. Eles foram mencionados neste primeiro momento, como forma de registrar sua presença e de demonstrar que uma visão superficial pode confundir um analista desavisado.

Por fim, vale ressaltar que estes princípios faziam parte do lado nebuloso do GATT 1947 e eram bastante utilizados como justificativa para práticas protecionistas muitas vezes estabelecidas de forma transitória, mas que na prática perduravam por longa data. Além

disso, o princípio que estabelece condições mais vantajosas para os países em desenvolvimento não se concretizava na prática, visto que os acordos davam pouca atenção à condição de exportadores de matéria-prima dos países em desenvolvimento, falha corrigida, ou pelo menos amenizada, com a criação em 1964 da UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development* ou Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento).⁵²

2.2 O contexto de adoção do princípio da não-discriminação no GATT 1947

Conforme verificado, o sistema OMC está amparado por dois princípios basilares: reciprocidade e não-discriminação. Focalizando a análise no princípio da não-discriminação, será feito o estudo do contexto de adoção do mesmo, assim como da razão que o torna tão importante para todo o aparato jurídico que guia as relações econômicas da organização.

O GATT 1947 surgiu dentro de um contexto de reconstrução da ordem econômico-financeira mundial pós Segunda Guerra. Seu propósito, mesmo que provisório, era configurar uma nova ordem para o comércio internacional. Isto porque os países estavam arrasados com o fim da guerra, principalmente os europeus; e ao mesmo tempo assegurar uma expansão comercial constituía uma forma de manter a paz entre os parceiros.

Diante de tal raciocínio, os Estados percebiam que a liberalização e expansão do comércio eram mais benéficas do que o protecionismo e a proteção do mercado nacional outrora defendido. Isto, teoricamente, excluía do cenário comercial internacional os tratados preferenciais, favoráveis a apenas um ou poucos parceiros, sendo a igualdade de tratamento a peça fundamental e o valor perseguido pelas partes-contratantes do GATT. Desta

⁵² AZÚA, Daniel E. Real. **O neoprotecionismo e o comércio exterior**. São Paulo: Aduaneiras, 1986, p. 219.

forma, surge o grande princípio conformador desta nova ordem econômica, qual seja o da não-discriminação.⁵³

Todavia, no texto do GATT 1947 encontramos o artigo XVIII dispondo a respeito de uma série de previsões específicas destinadas aos considerados países mais pobres, definidos como aqueles “cuja economia pode assegurar à população um baixo nível de vida e está nos primeiros estágios do seu desenvolvimento”⁵⁴. Tais países poderiam burlar certos dispositivos do texto *gattiano* desde que necessários à implementação de seus programas e políticas de desenvolvimento. Até mesmo barreiras restritivas poderiam ser impostas por estes desde que possuíssem a finalidade de proteção de sua indústria nascente ou equilíbrio de sua balança de pagamentos. Todavia, a necessidade de violar algum dispositivo do GATT tinha que ser demonstrada, uma vez que tal violação devia ser aprovada pelo próprio sistema, desde que possuísse como finalidade a promoção do desenvolvimento.⁵⁵

Nota-se, portanto, que paralelamente à instauração do princípio da não-discriminação como base do sistema, havia a previsão de cláusulas especiais contrárias a este. Isto pode ser compreendido pela análise da lógica do contexto da época, visto que os programas de desenvolvimento eram vistos como peças fundamentais à promoção do crescimento econômico tanto dos países do Sul quanto dos países do Norte, arrasados pela guerra. Deve-se considerar que nesta época a maior parte destes países que necessitavam de regras especiais para se erguerem eram os países europeus, ou países do Norte, que estavam passando por uma fase de reconstrução. Os chamados países do Sul, colônias ou nações recém-independentes neste período, só aparecem como utilizadores destas regras específicas a

⁵³ LAWSON, Michael Nunes. Do princípio da não-discriminação no comércio internacional: a cláusula de nação mais favorecida e a obrigação de tratamento nacional. **Jus Vigilantibus**, Vitória, 13 jul. 2005. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/16394>. Acesso em: 14 mar. 2006.

⁵⁴ Artigo XVIII, § 1º do GATT.

⁵⁵ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional econômico ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 140.

partir dos processos de descolonização, quando então começam a figurar como bloco político considerável nas negociações.⁵⁶

Desta forma, as vantagens oferecidas a partir de 1947, permitiam aos países mais pobres certa paridade em relação aos mais ricos e somente a partir de 1950, os princípios da não-discriminação e da reciprocidade começaram a ser plenamente aplicados.⁵⁷ Todavia, percebeu-se que esta lógica estava equivocada, ou pelo menos não poderia ser aplicada de modo absoluto, razão pela qual nos anos de 1950 e 1960, novas regras envolvendo os princípios da não-reciprocidade e da desigualdade compensadora foram negociadas pelos então emergentes países do Sul, surgindo a Parte IV do GATT e o Sistema Geral de Preferências (SGP), já na Rodada de Tóquio de 1979.

Em suma, percebe-se que o princípio da não-discriminação foi criado como base do sistema no GATT 1947, segundo a crença de que alguns anos de tratamento favorável eram suficientes para que os países recém saídos da guerra se erguessem e então o princípio da não-discriminação seria plenamente aplicado. Mas o posicionamento dos chamados países do Sul, a partir dos anos 50 e 60, fez toda a diferença em relação ao estabelecimento de exceções a este princípio, tendo destaque o trabalho da UNCTAD, que, percebendo a insuficiência do artigo XVIII tratou de elaborar a Parte IV do GATT, criando a categoria “países em vias de desenvolvimento”, que concedia privilégios especiais a tais países com o fim de diminuir as desigualdades dos participantes do sistema, sendo estas oferecidas por período indeterminado.⁵⁸

Demonstra-se, portanto, que exceções ao princípio da não-discriminação foram estabelecidas mesmo durante o contexto de estabelecimento dos princípios basilares e

⁵⁶ A partir da Conferência de Bandoeng, no fim dos anos 1950, que os países em desenvolvimento começaram a apresentar um comportamento de bloco político. In: VARELLA, Marcelo Dias. op. cit., p. 141.

⁵⁷ VINCENT, P. L’impact des négociations de l’Uruguay Round sur les pays em développement. **Revue Belge de Droit International**, 1995, XXVIII (2), p. 489.

⁵⁸ FLORY, M. Mondialisation et droit international du développement. **Revue Générale de Droit International Public**, 1997, 101 (3), p. 618.

mesmo sendo tidas por alguns como um risco ao respeito e observância de tais princípios não retira destes sua posição de primazia e importância dentro do sistema do GATT/OMC e em última análise do sistema multilateral de comércio como um todo, conforme será verificado no próximo tópico.

3 O princípio da não-discriminação: base do sistema multilateral do comércio

O princípio da não-discriminação, também considerado como requisito essencial e pedra angular do sistema multilateral de comércio da OMC, implica na obrigação de não tratar de modo menos favorável quaisquer membro em relação ao tratamento oferecido aos demais, ou seja, não fazer distinção entre parceiros membros da organização. A importância do respeito a tal princípio reside no fato de que dentro de um sistema de relações multilaterais, discriminar seria o mesmo que ausentar este do seu caráter de multiplicidade de parceiros e oportunidades. Além disso, contribui para assegurar a justiça e previsibilidade nas relações comerciais internacionais.⁵⁹ Tal princípio está presente no GATT, sendo que conforme dito, é aplicável não só ao comércio de bens, mas também aos demais acordos de serviço e propriedade intelectual.

Tendo ganhado feição jurídica ao ser mencionado logo no artigo I do GATT, é aplicado com base em quatro instrumentos.⁶⁰

- a obrigação incondicional da nação mais favorecida, consubstanciada na CNMF, a qual proíbe os membros da OMC de praticarem condutas discriminatórias ou de dar preferências a outro país;

⁵⁹ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO. **Curso sobre Solução de Controvérsias na Organização Mundial do Comércio**. Módulo 3.5. - GATT 1994. Nova York: Nações Unidas, 2003, p.12. Disponível em: <http://www.mre.gov.br/portugues/ministerio/sitios_secretaria/cgc/curso_unctad.asp> Acesso em: 20 mar. 06.

⁶⁰ CHOI, Won-Mog. **'Like products' in International Trade Law**. Towards a consistent GATT/WTO jurisprudence. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 93.

- a obrigação do tratamento nacional, que requer que produtos importados não sejam tratados de forma menos favorável do que os nacionais, o que inclui taxas e procedimentos de regulação interna;
- a formação de comitês para a redução das tarifas de produtos importados;
- a eliminação das cotas tarifárias.

Com base nestes quatro pilares, a OMC resguarda o princípio da não-discriminação, sendo que o foco de análise estará voltado para os dois primeiros e mais especificamente ainda para o primeiro que é a base da CNMF.

3.1 Tratamento nacional: artigo III do GATT

A obrigação do Tratamento Nacional⁶¹ está disposta no artigo III do GATT, sendo decorrente do princípio da não-discriminação, já mencionado acima. Esta obrigação estipula que a discriminação não deve ocorrer entre produtos, ou seja, uma vez no mercado do país importador, este produto não pode ser submetido a condições que o coloquem em uma posição de desvantagem competitiva, devendo ser dispensado ao produto importado o mesmo tratamento dado ao produto nacional.

A razão de ser deste princípio pode ser verificada em sua origem, uma vez que nas negociações originais do GATT 1947, uma das maiores preocupações era a redução das tarifas alfandegárias, reconhecidas como o maior obstáculo para o comércio internacional naquele período. Entretanto, a redução destas tarifas devia ser acompanhada de dispositivos que garantissem que esta liberalização comercial obtida nas fronteiras dos Estados não fosse frustrada por medidas e atos internos que favorecessem os produtos nacionais em detrimento dos estrangeiros. O grande problema em relação a esta obrigação está relacionado a sua

⁶¹ A obrigação do Tratamento Nacional pode ser considerada como um princípio de tratamento nacional, sendo assim, em alguns pontos faremos referência como obrigação e em outros como princípio.

aplicação, uma vez que a medida interna questionada pode não ser explicitamente discriminatória, mas acabar por favorecer o produto nacional em relação ao importado.⁶²

No caso “Coréia – Bebidas Alcoólicas”⁶³, o Órgão de Apelação deixou claro o objetivo do artigo III do GATT, qual seja o de “[...] evitar o protecionismo, requerendo igualdade de condições de concorrência e protegendo expectativas de relações concorrenciais equilibradas.”⁶⁴ Além disso, no caso “Japão – Bebidas Alcoólicas II”⁶⁵, este mesmo Órgão enfatizou a obrigação do oferecimento da igualdade de condições para os produtos nacionais e importados.⁶⁶

Os beneficiários de tal princípio são justamente os produtos importados dos países-membro da OMC em relação às medidas governamentais discriminatórias. Conforme o disposto no artigo III, § 1º, 2º e 4º do GATT:

“1. [Os Membros] reconhecem que tributos internos e outros encargos internos, e leis, regulamentos e requisitos que afetem a venda interna, oferta para venda, compra, transporte, distribuição ou uso de produtos, e regulamentações quantitativas internas que requeiram a mistura, processamento ou uso de produtos em quantidades ou proporções especificadas, não devem ser aplicados a produtos importados ou domésticos de modo a conferir proteção à produção doméstica

2. Os produtos do território de qualquer [Membro] importados para o território de qualquer outro [Membro] não serão sujeitos, direta ou indiretamente, a tributos internos ou outros encargos internos de qualquer

⁶² VERHOOSSEL, Gaëtan. **National treatment and WTO dispute settlement**. Adjudicating the boundaries of regulatory autonomy. Oregon: Hart publishing, 2002, p. 20 e 21.

⁶³ Em 4 de abril de 1997, as Comunidades Econômicas Européias solicitaram consultas com a Coréia a respeito da imposição de impostos internos aplicados por este país a certas bebidas alcoólicas em virtude da Lei do Imposto sobre Bebidas Alcoólicas e da Lei do Imposto de Educação. As CE argumentavam que tais leis eram incompatíveis com as obrigações de Tratamento Nacional previstas no Artigo III, § 2 do GATT. Em maio de 1997, os Estados Unidos também solicitaram consultas com a Coréia com base nos mesmos argumentos. Para maiores informações sobre o caso ver: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds75_e.htm Acesso em: 17 abr. 06.

⁶⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Coréia – Bebidas Alcoólicas”, WT/DS75/AB/R e WT/DS84/AB/R, 18 Jan. 1999, § 120.

⁶⁵ A obrigação do Tratamento Nacional foi invocada neste caso pelas partes reclamantes, Estados Unidos, Comunidades Econômicas Européias e Canadá, que reclamavam que a aguardente exportada para o Japão era objeto de discriminação derivada do sistema japonês aplicado às bebidas alcoólicas que, segundo seu entendimento, impunha ao “shochu” um imposto substancialmente inferior ao aplicado ao whisky, conhaque e aguardente brancos. Informações sobre o caso disponíveis em: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds10_s.htm Acesso em: 17 abr. 06.

⁶⁶ “[...]o Artigo III obriga os Membros da OMC a fornecer igualdade de condições competitivas para produtos importados em relação a produtos domésticos.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Japão – Bebidas Alcoólicas II”, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 Out. 1996, p. 16.

tipo superiores àqueles aplicados, direta ou indiretamente, a produtos domésticos similares. Além disso, nenhum [Membro] aplicará tributos internos ou outros encargos internos a produtos importados ou domésticos de forma contrária aos princípios estabelecidos no parágrafo 1.

[...]

4. Aos produtos do território de qualquer [Membro] importados para o território de qualquer outro [Membro] será dado um tratamento não menos favorável do que o acordado a produtos similares de origem nacional em relação a todas as leis, regulamentos e requisitos que afetem sua venda interna, oferta para venda, compra, transporte, distribuição ou uso. O disposto neste parágrafo não impedirá a aplicação de taxas internas diferenciadas de transporte baseadas exclusivamente na operação econômica dos modos de transporte e não na nacionalidade do produto.”⁶⁷

Entretanto, conforme mencionado, o crescimento de formas implícitas de discriminação tem colocado a aplicação deste princípio em perigo. Argumenta-se que mesmo se uma taxa ou regulação parecer não-discriminatória, se seus efeitos forem de protecionismo ou não estiverem previstos no entendimento das exceções do sistema esta taxa é tida como inconsistente com as obrigações do GATT.⁶⁸

Exemplo disso são as chamadas barreiras técnicas ao comércio. Tais barreiras são estabelecidas por meio de exigências técnicas que os países importadores impõem em relação aos produtos importados, a fim de favorecerem a produção nacional, uma vez que para os produtores externos será muitas vezes dispendioso ou mesmo impossível atender a todas as exigências. Vale ressaltar que muitas dessas exigências chegam a ter um caráter absurdo uma vez que contrariam até mesmo a prática corrente no comércio internacional, como a situação de se exigir que nas embalagens só estejam presentes disposições na língua do país importador, quando o comum são disposições em duas línguas, do país importador e do país exportador. Tais práticas se tornaram tão correntes que na

⁶⁷ No antigo GATT, os Estados participantes eram denominados como partes-contratantes pelo fato de se tratar de um acordo provisório. Entretanto, na atual OMC, os Estados são considerados como membros, por se tratar de uma organização internacional. Logo, leia-se membros onde estiver previsto partes-contratantes nos acordos do GATT.

⁶⁸ “[...] under the GATT it can be strongly argued that even though a tax (or regulation) appears on its face to be nondiscriminatory, if it has an effect of affording protection, and if this effect is not essential to the valid regulatory purpose (as suggested in Article XX), then such tax or regulation is inconsistent with GATT obligations”. JACKSON, John H. **The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations**. 2. ed. Cambridge: MIT, 1999, p. 217.

Rodada Tóquio da OMC, 1979, começou-se a discutir o tema, culminando com um Acordo sobre barreiras técnicas ao comércio (Acordo TBT do inglês *Technical Barriers to Trade*) estabelecido na Rodada Uruguai. A incidência deste acordo se restringe a produtos manufaturados, enquanto que para bens agrícolas existe o Acordo SPS.

Mesmo sendo derivado de um princípio basilar, o tratamento nacional admite exceções e entre elas pode ser citado o acordo plurilateral relativo a compras governamentais, que se revelou importante na medida em que representa relevante fonte de negócios, tendo em vista o volume e a representatividade deste parceiro para o comércio. Todavia, por falta de consenso, as compras governamentais acabaram excluídas das regras do GATT, podendo os Estados, de forma opcional, participarem do acordo plurilateral que regula esta matéria. Os acordos plurilaterais fazem parte do anexo IV do Acordo da OMC, que originalmente era formado por quatro acordos plurilaterais relativos ao setor de lácteos, carne bovina, aeronaves civis e compras governamentais (ou mercados públicos). Todavia, os acordos relativos aos setores de lácteos e de carne bovina expiraram em 1997 e o acordo sobre aeronaves civis negociado na Rodada Uruguai não entrou em vigor, continuando a ser aplicado o Acordo negociado na Rodada Tóquio de 1979, restando, portanto, somente dois acordos plurilaterais.⁶⁹

3.2 Tratamento da nação mais favorecida: artigo I, §1º, do GATT

Assim como o princípio do tratamento nacional, o tratamento da nação mais favorecida também é uma ramificação do princípio da não-discriminação, orientador das relações comerciais da OMC. Enquanto o tratamento nacional estipula a proibição de discriminação entre produtos nacionais e importados, o tratamento da nação mais favorecida estabelece que não deve haver discriminação entre países, ou seja, que as concessões feitas a

⁶⁹ LUFF, David. *Le droit de l'organisation mondiale du commerce*. Analyse critique. Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 21.

um país-membro sejam automaticamente estendidas aos demais.⁷⁰ O objetivo almejado é o de conferir certa igualdade de oportunidades para “importar de” ou “exportar para” os demais Membros da OMC. Logo, percebemos que tais princípios são complementares, fechando o ciclo objetivo da OMC de promover um comércio livre e em condições equivalentes para todos os parceiros comerciais.⁷¹

Conforme o artigo I § 1º do GATT:

“1. Com relação às tarifas alfandegárias e taxas de qualquer tipo aplicadas sobre ou em conexão com a importação ou exportação ou impostas na transferência internacional de pagamentos por importações ou exportações, e em relação ao método de incidência de tais tarifas e taxas, e em relação a todas as regras e formalidades relacionadas à importação e exportação, e em relação a todas as questões referidas nos parágrafos 2 e 4 do Artigo III, **qualquer vantagem, benefício, privilégio ou imunidade concedida por qualquer [Membro] a qualquer produto originado em ou destinado a qualquer outro país será conferido imediatamente e automaticamente aos produtos equivalentes originados em ou destinados aos territórios de todos os outros [Membros].**”(grifo nosso)

Na parte final deste artigo está presente de modo claro a CNMF, que se configura como o fundamento de todo o sistema multilateral de comércio.⁷² As medidas que esta cláusula busca ter controle podem ser classificadas como diretas ou indiretas, de acordo com a influência das mesmas sobre o comércio. De modo direto, existem os direitos aduaneiros e imposições de mesma natureza, o que inclui tanto seu modo de percepção quanto

⁷⁰ "The national treatment, like the MFN obligation, is a rule of 'nondiscrimination'. In the case of MFN, however, the obligation prohibits discrimination between goods from different exporting countries. The national treatment clause, on the other hand, attempts to impose the principle of nondiscrimination as between goods which are domestically produced, and goods which are imported. It is, needless to say, a central feature of international trade rules and policy." JACKSON, John H. **The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations**. 2. ed. Cambridge: MIT, 1999, p. 483.

⁷¹ De acordo com o estabelecido no Acordo Constitutivo da OMC, o objetivo desta Organização Internacional é, entre outros, o de elevar os níveis de vida e pleno emprego, expandindo a produção e comércio de bens e serviços, realizando esforços para a participação efetiva dos países em desenvolvimento, e para isso, deve assegurar que parceiros não sejam discriminados em razão de sua posição no comércio ou das vantagens que apresentem em relação aos demais. Isto será mais adiante questionado em razão do tratamento igualitário no sentido formal, uma vez que igualdade pode ser vislumbrada em virtude do tratamento desigual dado a desiguais e não de um tratamento igual para parceiros tão diferentes.

⁷² Outros artigos do GATT que também fazem referência a este princípio do tratamento da nação mais favorecida são: artigo III, § 7º, IV(b), V, § 2º, 5º e 6º; IX, § 1º; XIII, § 1º; XVII, § 1º; XVIII, § 20 e XX (j). JACKSON, John H. **The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations**. 2. ed. Cambridge: MIT, 1999, p. 444.

os regulamentos de exportação ou importação de determinado Membro. Todavia, ainda existem as medidas indiretas que incluem as condições de circulação destas mercadorias no país exportador, o que está diretamente relacionado ao Tratamento Nacional outrora mencionado. Vale assinalar, que medidas discriminatórias que sejam concernentes a pessoas, ou seja, não estejam relacionadas exclusivamente a bens, também podem ser objeto de regulação deste princípio, desde que afetem, mesmo que de modo indireto, a importação ou exportação de determinado produto, ou represente uma discriminação em relação a outros no momento de sua circulação.⁷³

Este artigo está estruturado em três tópicos basilares que definem se a obrigação da nação mais favorecida está sendo respeitada ou não. De modo didático, tais tópicos podem ser apresentados na forma de perguntas: a medida em questão confere uma **vantagem** aos produtos originados em ou destinados aos territórios de todos os outros Membros?; os produtos em questão são **similares**?; a vantagem em questão foi concedida **imediatamente e incondicionalmente** a todos os produtos similares?⁷⁴

3.2.1 Análise das vantagens conferidas

⁷³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação, “Canadá – Medidas Que Afetam a Indústria Automotiva”, WT/DS139/AB/R e WT/DS142/AB/R, 19 jun. 2000, § 79. Nesta disputa o que se questionava era a isenção tarifária de importações de veículos automotores que o Canadá concedia em benefício de produtores que cumprissem certos requisitos relacionadas à sua produção no território canadense. Vide relatório: “O Artigo I, § 1º requer que ‘qualquer vantagem, benefício, privilégio ou imunidade concedida por qualquer Membro a qualquer produto originado em ou destinado a qualquer outro país será conferido imediatamente e automaticamente aos produtos similares originados em ou destinado aos territórios de todos os outros Membros’. As palavras do Artigo I, § 1º não se referem a algumas vantagens garantidas ‘em relação aos’ temas que estão abrangidos pelo âmbito delimitado pelo Artigo, mas sim a ‘qualquer vantagem’; não a alguns produtos, mas a ‘todo produto’; e não a produtos similares de alguns outros Membros, mas a produtos similares originados em ou destinados a ‘todos os outros’ Membros.” Isto demonstra que de modo específico o que se questionava não eram as concessões tarifárias dadas aos veículos e sim aos fabricantes dos mesmos, demonstrando a extensão da aplicabilidade de CNMF.

⁷⁴ Esta análise em pontos foi adaptada de: CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO. **Curso sobre Solução de Controvérsias na Organização Mundial do Comércio**. Módulo 3.5. - GATT 1994. Nova York: Nações Unidas, 2003, p.12. Disponível em: <http://www.mre.gov.br/portugues/ministerio/sitios_secretaria/cgc/curso_unctad.asp> Acesso em: 14 fev. 06.

A menção às vantagens conferidas é bastante ampla e deixa margem a uma interpretação extensiva por parte dos grupos especiais da OMC, visto que conforme mencionado, “[...] qualquer vantagem, benefício, privilégio ou imunidade concedida [...]”, pode se relacionar a qualquer tratamento mais favorável em relação à facilitação de importação ou exportação do produto, não sendo considerada a natureza do mesmo. Desta forma até mesmo reduções tarifárias referentes a vantagens competitivas não-tarifárias podem ser objeto de contestação.⁷⁵ O artigo I, § 1º, do GATT enumera algumas medidas que podem ser consideradas como vantagens: tarifas e taxas de qualquer tipo impostas em conexão com importação e exportação; o método de imposição dessas tarifas e taxas; regras e formalidades relacionadas a importação e exportação; tributos internos e taxas incidentes sobre bens importados; leis internas, regulamentos e requisitos que afetem as vendas. Vale ressaltar que mesmo produtos não sujeitos a consolidações tarifárias podem sofrer incidência do artigo I, § 1º, do GATT.⁷⁶

Além disso, é importante sublinhar que, quando mencionada a expressão “qualquer país”, isto inclui Estados não-membros da OMC. Ou seja, se um membro concede uma vantagem a um produto originado em ou em destino a um outro país não-membro da OMC, deve fazer o mesmo em relação a todos os demais membros da organização.

3.2.2 Análise da similaridade entre produtos

Um segundo ponto interessante é o da menção a produtos similares ou equivalentes que é bastante ampla e deixa dúvidas em relação a sua determinação. A noção de produto similar está presente em diversos outros dispositivos que tratam da interdição da adoção de medidas discriminatórias, como no já mencionado artigo III do GATT, referente ao

⁷⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Comunidades Europeias - Bananas”, WT/DS27/AB/R, 9 set. 1997., §§ 206 e 207.

⁷⁶ GATT. Relatório do Painel. “Espanha – Tratamento Tarifário do Café Não-torrado”, BISD 28S/102, 19 jun. 1981, § 4.3.

Tratamento Nacional.⁷⁷ Como uma faca de dois gumes, o impacto de tal disposição, implica em dizer que, se produtos similares devem ter um tratamento igual, diferentes categorias podem ser discriminadas e isto não é o objetivo do legislador da norma, mas que correntemente tem sido utilizado como válvula de escape protecionista.⁷⁸

Apesar de mencionado em vários dispositivos do GATT, o conceito de produto similar não é definido em nenhum deles. Portanto, sendo um conceito aberto, a similitude dos produtos deve ser vista caso a caso, de acordo com o contexto e circunstâncias dadas. Isto possibilita ao Grupo Especial uma apreciação discricionária, podendo utilizar critérios diferentes a cada análise.

No caso “Japão – Bebidas Alcoólicas II” (WT/DS8/AB/R), a similitude foi interpretada de modo restrito, sendo que o termo foi comparado a um acordeão, no sentido de que se estica ou encolhe de acordo com cada caso. Neste caso específico, o Órgão de Apelação definiu que, em relação ao Artigo III, § 2º, este acordeão está retraído, o que leva à conclusão de que o termo é estendido quando presente em outros dispositivos do acordo.⁷⁹

No caso “Comunidades Europeias - Medidas que afetam o amianto e produtos relacionados” a similitude foi apreciada de modo extenso, visto que estava relacionado à noção de produto similar explicitada no Acordo Antidumping (artigo II, § 6º) e no Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias (artigo XV, § 1º), dispositivos não diretamente mencionados pelo Artigo III, § 2º. Além disso, estando o termo presente tanto no Acordo Antidumping quanto no de subsídios e medidas compensatórias, o intérprete da lei ou,

⁷⁷ Outros artigos que mencionam o termo “produtos similares” são: Artigos II, § 2º (a); III, § 2º; III, § 4º; VI, § 1º(a); IX, § 1º; XI, §2º (c); XIII, § 1º; XV, § 4º e XIX, § 1º.

⁷⁸ LUFF, David. **Le droit de l'organisation mondiale du commerce**. Analyse critique. Bruxelas: Bruylant, 2004, p. 45.

⁷⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Japão - Bebidas alcoólicas”, WT/DS8/AB/R, 4 out. 1996, seção H.1. (a), p. 25 e 26 “[...] o conceito de equivalência tem um caráter relativo que evoca a imagem de um acordeão. O acordeão da “equivalência” estica e encolhe em diferentes ocasiões, na medida em que diferentes dispositivos do Acordo da OMC são aplicados. A largura do acordeão em cada uma dessas ocasiões deve ser determinada pelo dispositivo específico em que o termo “equivalente” é encontrado, assim como pelo contexto e pelas circunstâncias que prevalecem em cada caso ao qual o dispositivo pode se aplicar. Consideramos que na primeira frase do artigo III, § 2º do GATT 1994, o acordeão da “equivalência” deve ser estritamente apertado.”

neste caso, o Órgão de Apelação, deve tentar conciliar o sentido que o legislador procurou dar em ambos.⁸⁰

Diante desta problemática de definição e avaliação em relação à similitude de um produto, alguns critérios são determinados. Mas, até mesmo para a definição destes critérios é encontrada uma margem de discricionariedade que pode e em regra é utilizada pelos órgãos decisórios da OMC. Isto restou claro no caso “Espanha – Regime tarifário aplicado ao café não torrado”, em que o Painel avaliou se diferentes tipos de café não-torrado eram similares no sentido do artigo I, § 1º, do GATT, utilizando-se para isso de critérios relacionados às características dos produtos, seu uso final e os regimes tarifários de outras partes contratantes. Isto porque os vários tipos e grupos de café não-torrado eram taxados de modo diferente sob o argumento de que eram diferentes em razão de características específicas resultantes de fatores geográficos, métodos de cultivo, processamento da semente e até mesmo por fatores genéticos. Todavia, tais argumentos não foram avaliados como suficientes pelo painel, que considerou que no caso de produtos agrícolas é comum o gosto ou aroma final mudarem em razão destes fatores. Além disso, mesmo se diferentes, estes tipos de café não-torrado eram em geral vendidos na forma de misturas, sendo que no uso final era compreendido como um produto único e com finalidade bem definida, ou seja, feito para ser bebido. Por fim, o painel considerou que as demais partes contratantes não aplicavam regimes tarifários diferentes em se tratando de vários tipos de café. Com base nesta análise, o painel definiu que: “[...] os grãos de café não-torrado e não-descafeinado listados na tarifa

⁸⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Comunidades Europeias-Medidas que afetam o amianto e produtos relacionados”, WT/DS135/AB/R, 12 mar. 2001, §§ 88,89, 93-99. “[...] a expressão produto similar (*like product*) se refere a um produto idêntico, isto é parecido em todos os aspectos ao produto considerado, ou, na ausência de tal produto, de um outro produto que, apesar de não ser parecido em todos os aspectos, apresente características estritamente parecidas àquelas do produto considerado.”

alfandegária espanhola ([...]) deveriam ser considerados como ‘similares’, no sentido constante do artigo I, § 1º.”⁸¹

Buscando evitar essa margem de discricionariedade conferida na definição e utilização dos critérios para definição de produtos similares, alguns critérios comuns têm sido propostos e efetivamente utilizados nas apreciações do grupo especial, sendo que estes devem ser conjugados a outras considerações de acordo com cada caso. Alguns deles são.⁸²

- apreciação das propriedades, natureza e qualidade dos produtos. Isto inclui os parâmetros dimensionais, propriedades químicas, eficácia, solidez, enfim, elementos que possam demonstrar que o produto é único em seu gênero.

- apreciação da utilização final dos produtos. Isto implica em avaliar se diferenças físicas podem ser desconsideradas, visto que não afetam a similitude de produtos que podem ser substituídos. Desta forma, notamos que substitutividade não é suficiente para a consideração do que seja um produto similar.

- apreciação dos gostos e hábitos dos consumidores dos produtos em questão. Este critério deve ser analisado com cautela, mas o mercado pode mudar a concepção de produtos, mesmo que estes tecnicamente não sejam similares, mas isto varia de país para país. Caso produtos considerados similares de acordo com suas características técnicas, podem ser considerados não-similares se comercializados em mercados diferentes, como, por exemplo, bebidas com teor alcoólico diferente.⁸³

3.2.3 Análise da extensão imediata e incondicional

Por fim, deve ser feita a análise da extensão da vantagem de modo imediato e incondicional, ou seja, independente de contrapartidas por parte dos terceiros beneficiados,

⁸¹ GATT. Relatório do Painel. “Espanha – Tratamento Tarifário do Café Não-torrado”, BISD 28S/102, 19 jun. 1981, § 4.11.

⁸² LUFF, David. **Le droit de l'organisation mondiale du commerce**. Analyse critique. Bruxelas: Bruylant, 2004, p. 47 e 48.

⁸³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Grupo Especial. “ Estados Unidos - Medidas que afetam bebidas alcoólicas e bebidas a base de malte”, DS23/R – IBDD S39/233, 19 jun. 1992, §§ 5.73 a 5.75.

ou de qualquer condicionante em relação aos mesmos.⁸⁴ Ressaltando, que a CNMF aplicada no sistema multilateral de comércio é do tipo incondicional.

No caso “Estados Unidos – Calçados não-emborrachados”, o relatório do Painel deixou claro esta impossibilidade de exigência de contrapartidas ou condicionantes para a extensão da vantagem, considerando que o artigo I, § 1º, não possibilita contrabalancear o tratamento mais favorável em algum procedimento e o tratamento menos favorável em outro. Caso isto fosse admitido, um Membro poderia se eximir de uma obrigação de nação mais favorecida em relação a outro Membro, argumentando que já ofereceria tratamento mais favorável em algum outro caso, mesmo que relacionado a um terceiro Membro, ou seja, a um membro fora da relação inicial. O painel considerou que: “[...]tal interpretação da obrigação de nação mais favorecida do artigo I, § 1º, minaria o próprio objetivo subjacente à incondicionalidade da obrigação.”⁸⁵

Já no caso “Canadá - Medidas que afetam a indústria automobilística”, o Órgão de Apelação concluiu que o Canadá estava aplicando medida incompatível com o artigo I, § 1º, do GATT 1994, visto que conferia isenção tarifária a veículos automotores provenientes de alguns países, que eram importados por um número limitado de produtores ou distribuidores, obrigados a alcançarem requisitos de performance, excluindo veículos automotores vindos dos demais membros. Ou seja, ao não conferir a mesma isenção tarifária, de modo imediato e incondicional, aos demais membros, o Canadá estava desrespeitando a obrigação de nação mais favorecida presente no artigo I, § 1º, do GATT.⁸⁶ Interessante ainda neste caso é a consideração do Órgão de Apelação de que as condicionantes impostas pelo

⁸⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do grupo especial “Canadá - Medidas que afetam a indústria automobilística” WT/DS139/R, WT/DS142/R, 11 fev. 2000, § 10.23. Relatório do grupo especial “Indonésia - Certas medidas afetando a indústria automobilística” WT/DS54/R, WT/DS55/R, 2 jul. 1998, § 14.143 a 14.147.

⁸⁵ GATT. Relatório do Painel, “Estados Unidos – Calçados não-emborrachados”, BISD 39S/128, 19 jun. 1992, § 6.11.

⁸⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do painel. “Canadá - Medidas que afetam a indústria automobilística” WT/DS139/R, WT/DS142/R, 11 fev. 2000, § 10.23. Relatório do grupo especial “Indonésia - Certas medidas afetando a indústria automobilística” WT/DS54/R, WT/DS55/R, 2 jul. 1998, § Relatório do Painel, “Canadá - Medidas que afetam a indústria automobilística”, § 85.

governo canadense não eram por si só contrárias a obrigação de nação mais favorecida. Isto porque o que implicava em um efeito discriminatório não eram essas condicionantes, apesar de proibidas, e sim a não extensão imediata aos demais membros das isenções tarifárias a produtos similares.⁸⁷

Após a análise destes três pilares que compõem a obrigação da nação mais favorecida, será dado prosseguimento ao estudo da CNMF, conseqüente desta obrigação. Vale ressaltar que todos estes princípios e a própria CNMF servem de base ao sistema da OMC, estando presente em todo o conjunto normativo e prático. A partir do próximo capítulo a CNMF será abordada de modo mais específico, mas sem ser menosprezada sua base originária, qual seja de princípio de direito. Esta base confere-lhe legitimidade e força diante dos demais dispositivos legais que com ela convivem, inclusive em relação aos acordos bilaterais de caráter discriminatório.

⁸⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do painel. “Canadá - Medidas que afetam a indústria automobilística” WT/DS139/R, WT/DS142/R, 11 fev. 2000, § 10.18 a 10.30 (não confirmado pelo Órgão de Apelação WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R de 31 de maio de 2000, § 75 a 86).

CAPÍTULO 2 – A CLÁUSULA DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA

A Cláusula da Nação Mais Favorecida (CNMF) é a principal forma de positivação do princípio da não-discriminação. Trata-se de um dispositivo jurídico utilizado desde o início da formação de um direito multilateral econômico. Ao longo dos anos, este dispositivo foi utilizado em diversos acordos, envolvendo áreas que iam muito além dos temas comerciais. Todavia, a relevância de tal cláusula para o sistema de trocas internacional foi positivada e reconhecida pela fixação desta logo no primeiro artigo do GATT, sendo erigida como peça fundamental para o estabelecimento do novo regime de trocas de caráter multilateral e liberalizante.

O GATT é um acordo que visa facilitar o comércio de mercadorias, constituindo a base de referência para outros acordos relativos às trocas comerciais internacionais. Aplicando-se às transações envolvendo todos os tipos de mercadorias, apresenta como essencial em seus dispositivos assegurar a eficácia dos princípios de base que figuram em seus artigos I, II, III e XI. O GATT é monolítico e não admite modulações de seus dispositivos em função dos interesses dos Membros da OMC, buscando conferir aos mesmos a redução dos obstáculos tarifários e restrições quantitativas, mas ao mesmo tempo, protege o equilíbrio das negociações.

Em seu artigo I, § 1º, o GATT apresenta a CNMF, segundo a qual todas as vantagens e privilégios acordados a um produto originário de um Membro da OMC devem imediatamente e sem condições ser estendidos a todos os produtos similares originários dos outros membros da organização. Tal cláusula mostra-se fundamental para todo o sistema comercial multilateral, por impedir que produtos importados sejam discriminados entre eles, em função de sua origem.⁸⁸ Além disso, a adoção da CNMF como referência ao sistema de

⁸⁸ LUFF, David. *Le droit de l'organisation mondiale du commerce*. Analyse critique. Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 42.

trocas, garante a fixação do modelo multilateral, onde todos se relacionam ou por vontade própria ou por imposição da cláusula.

Sendo instrumento de concretização do princípio da não-discriminação, a CNMF será o objeto de análise neste segundo capítulo. Serão avaliados alguns elementos diretamente relacionados com a sua formação e considerados mais relevantes para a análise como função, aplicação, natureza jurídica e interpretação. Inicialmente, a CNMF será analisada dentro do contexto do direito internacional público, sendo considerados seu histórico e desenvolvimento dentro do mesmo. Ainda nesse contexto serão avaliadas algumas vantagens e desvantagens da adoção da CNMF, sendo esta análise de fundamental importância para a compreensão da motivação para a inserção da mesma no GATT, assunto tratado na segunda metade do capítulo.

O tratamento da CNMF no GATT/OMC será feito com base nesta análise preliminar, sendo que mais uma vez o contexto histórico de adoção da cláusula dentro da OMC será considerado para a compreensão do papel da CNMF dentro desta organização. Por fim, será feita uma breve análise a respeito de algumas falhas e imprecisões verificadas no momento de aplicação da CNMF dentro da OMC. Esta análise final ficará em aberto, sendo complementada no último capítulo deste estudo, em que serão apresentadas algumas exceções que o próprio sistema criou para a CNMF e que são também consideradas por alguns como falhas ou brechas deste sistema.

1 A CNMF no direito internacional

A CNMF pode ser definida de várias formas, dependendo do viés que se busca para a mesma.⁸⁹ Analisando-se a visão de um economista⁹⁰ e em seguida a de um

⁸⁹ Existem doutrinadores que entendem que a denominação Cláusula da Nação Mais Favorecida seria inexata e insuficiente, uma vez que “nação” seria um sujeito histórico e não de direito, além do que ela se aplica a sujeitos não definidos como nação (o Vaticano, por exemplo). Os defensores deste ponto de vista sugerem a

internacionalista⁹¹, percebe-se que são apresentadas de modo diverso, mas com o mesmo fundamento, qual seja de não-discriminar. Para a presente análise, a definição adotada é a de que a CNMF é “[...] uma estipulação pela qual dois ou mais Estados organizam sua participação recíproca (em princípio) a todos os sistemas jurídicos mais vantajosos que eles tenham já elaborado ou que virão como consequência de acordos concluídos com outros governos.”⁹²

A partir desta denominação, verifica-se que a constituição de uma CNMF e sua utilização envolvem três categorias de partes: duas que se obrigam pelo tratado que contém a cláusula e uma terceira a quem é conferida a vantagem em um primeiro momento. Quem concede a vantagem é chamado de concedente, o terceiro que recebe em primeiro lugar é o favorecido e a quem a vantagem se estende é o beneficiário. Juridicamente, podem figurar como sujeitos das três categorias, todos os organismos que tenham capacidade de concluir convenções comerciais, ou seja, que tenham independência absoluta em assuntos econômicos, tanto internamente como para assuntos internacionais.⁹³

Isto se explica pelo fato de que nas relações comerciais internacionais e principalmente no direito internacional público que as regula, o princípio norteador é o da soberania econômica dos parceiros comerciais, ou em última análise, dos Estados. Logo, para que sejam partes desta cláusula, tais organismos devem ter plena capacidade. Neste sentido, o princípio ou regra da não-discriminação é o fio condutor das relações somente a partir do

denominação de “Cláusula da Unidade Econômica Internacional mais favorecida”, tendo em vista que assim abrangeriam todos os sujeitos de direito capazes de se valer da mesma. EBNER, Josef. **La clause de la nation la plus favorisée en droit international public**. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, p. 98.

⁹⁰ Por exemplo, existe a definição de PERREAU segundo a qual “[...]cada um dos dois Estados contratantes têm o compromisso de acordar ao outro, do ponto de vista de seu comércio, as condições mais vantajosas, que ele tenha acordado ou que venha a acordar com uma terceira potência.”. PERREAU, Camille. **Cours d'économie politique**. vol. II, 3. ed. Paris: F. Pichon et Durand-Auzias, 1925-1927, p. 117.

⁹¹ Para um internacionalista como M. FAUCHILLE a cláusula “[...]assegura que cada Estado contratantes oferecerá as vantagens que foram já acordadas aos outros Estados por outros tratados de comércio.” In: FAUCHILLE, Paulo. **Traité de droit international public**. Tome I. Paris: A. Rousseau, 1921-1925, p. 3.

⁹² SCELLE, Georges. **Précis de droit de gens: principes et systématique**. Parte 2. Les libertés individuelles et collectives. L'élaboration du droit des gens positif, T. II. Paris: Sirey, 1934, p. 384.

⁹³ SAUVIGNON, Edouard. **La clause de la nation la plus favorisée**. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 1972. p. 2.

momento em que fosse explicitamente mencionado, reservando suas condições e termos também a esta menção. Neste sentido tem sido o entendimento da doutrina chamada voluntarista, já mencionada no primeiro capítulo.

De acordo com esta corrente doutrinária, na ausência de tratados ou obrigações bilaterais ou multilaterais que disponham de modo diverso, a lógica da legislação internacional não é a da equidade econômica entre Estados ou atores no plano internacional. A soberania econômica é plena, cabendo a cada ator neste cenário internacional decidir por si mesmo, se quer dar tratamento igualitário a outros Estados estendendo privilégios a uns e discriminando outros.⁹⁴ Desta forma, verifica-se que em se tratando de comércio internacional, as regras de não-discriminação devem ser positivadas, não podendo existir um caráter de presunção em relação à mesma. Se parceiros comerciais desejam estabelecer suas relações com base no princípio da não-discriminação, devem estabelecer isto em seus tratados de forma clara e explícita. Todavia, conforme mencionado no último capítulo, existem outras correntes doutrinárias que pensam de modo diverso argumentando que tendo *status* de princípio, deve se impor mesmo sem dispositivos que o mencionem de modo claro.

Neste estudo, parte-se do pressuposto e da prévia disposição de que o princípio da não-discriminação e a conseqüente CNMF que o concretiza estão claramente previsto no artigo I do GATT conforme verificado ao longo do primeiro capítulo. Independente da corrente adotada, a cláusula está positivada e não é preciso tratar da hipótese irreal de uma presunção da mesma. Desde o primeiro artigo do GATT, o legislador buscou deixar claro que as relações comerciais estabelecidas no âmbito da OMC estão baseadas neste princípio que estabelece que os países devem dispensar aos demais um tratamento não menos favorável ao dispensado aos produtos de quaisquer outro Membro.⁹⁵ O fator que importa aos

94 SCHWARZENBERGER, George. **Equality and Discrimination in International Economic Law**, 25 Yearbook of International Affairs, 163 (1971).

95 Neste sentido, JACKSON, JOHN H. **The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations**. 2. ed. Cambridge: MIT, 1999, p. 157. “ [...] in the GATT the MFN obligation calls for each

países não é um tratamento favorável em si e sim a certeza de que este tratamento não será menos favorável do que o dispensado a um terceiro Estado.⁹⁶

Mas o que é esta igualdade de tratamento? A chamada igualdade formal consiste no direito de reclamação que um Estado tem de exigir um tratamento igualitário na ausência de qualquer aspecto discriminatório. Mas a igualdade defendida pela CNMF não é somente esta, existe também o aspecto material, visto que busca impedir a discriminação de fato e não só a discriminação de forma, Devendo ser conferidas as duas facetas.⁹⁷

Importante ressaltar este aspecto, porque muito se confunde entre o caráter formal do direito de reclamação e o objeto mesmo desta. Fala-se que caso não se constate discriminação, não haveria o direito a reclamação, tendo em vista que a cláusula não teria sido violada. Todavia, percebe-se que o fundamento principal da CNMF é ultrapassar a defesa de um tratamento igualitário, uma vez que visa assegurar também a igualdade de condições e oportunidades. Este é o aspecto de igualdade material defendido pela CNMF.⁹⁸

Verifica-se, portanto, que durante as negociações do tratado, onde a CNMF está inserida, deve ser levado em consideração não só o aspecto formal de métodos de estruturação das regras quando se busca estabelecer os efeitos destas, mas também a igualdade material, sem a qual a visão dos dispositivos pode restar irreal, por ser minimamente refletora do valor que se buscava atribuir aos mesmos.⁹⁹ Por fim, deve ser ressaltado que aos beneficiários do tratamento da nação mais favorecida não é conferida uma posição de exclusividade sobre os demais, como erroneamente se pode inferir a partir da

contracting party to grant to every other contracting party the most favorable treatment that it grants to any country with respect to imports and exports of products”

⁹⁶ TRUCHY, Henri. **Cours d'économie politique**. Vol. II. Paris : Librairie du Recueil Sirey (société anonyme), 1927-1929, p. 25.

⁹⁷ ITO, N. **La clause de la nation la plus favorisée**. Paris: Les éd. Intern., 1930, p. 37-38.

⁹⁸ La clause “procure l'égalité dans les conditions de concurrence sur les marchés extérieurs. » TRUCHY, Henri. op. cit., p. 25.

⁹⁹ Na concepção dos uniformistas, cuja interpretação dos tratados é feita de forma literal, a redação da CNMF deveria ser feita de modo a deixar claro a abrangência da mesma, o que evitaria dúvidas a respeito da igualdade material pretendida. EBNER, Josef. **La clause de la nation la plus favorisée en droit international public**. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, p. 86.

denominação do termo. O que ocorre é o estabelecimento de tais beneficiários em pé de igualdade com as nações mais favorecidas.

1.1 Funções da CNMF

Pela leitura do artigo I do GATT, a CNMF aplica-se a todas as medidas que afetem o comércio de mercadorias, sendo que tais medidas podem ser sistematizadas em duas categorias:¹⁰⁰

- medidas que afetam diretamente ou indiretamente a importação ou exportação de mercadorias, o que inclui direitos de aduana, imposição de medidas que bloqueiem a transferência de produtos, o modo de percepção de tais barreiras e a regulamentação imposta para a aplicação de tais barreiras;
- medidas que afetam as condições de circulação das mercadorias no território do país importador. Seriam as taxas internas e as prescrições que afetam a venda, transporte, distribuição e utilização dos produtos no país importador.

Buscando impedir a ocorrência de tais situações discriminatórias relacionadas à origem e destinação dos produtos, podem ser vislumbradas diversas funções para a CNMF, o que não retira desta seu caráter de objetividade, mas ao contrário, demonstra a versatilidade da mesma. Neste sentido, a CNMF pode ser vista como:¹⁰¹

- a) um processo de difusão de uma ordem jurídica: de acordo com este conceito, esta cláusula unifica o direito positivo convencionado e alarga progressivamente seu território de incidência. Isto se constitui em uma manifestação jurídica do princípio da igualdade entre Estados.

¹⁰⁰ LUFF, David. **Le droit de l'organisation mondiale du commerce**. Analyse critique. Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 42. Vale ressaltar neste ponto, que apesar da cláusula está presente no GATT que é um acordo específico de bens, esta também se aplica ao comércio de serviços e propriedade intelectual, conforme mencionado no primeiro capítulo, quando foi tratada a abrangência da mesma.

¹⁰¹ SAUVIGNON, , Edouard. **La clause de la nation la plus favorisée**. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 1972. p. 2 a 8.

b) uma técnica de adaptação dos tratamentos às mudanças de circunstâncias: ela serve para corrigir e adaptar os dispositivos contratuais aos novos contextos e situações. Não significa ter a função de revisar tratados, assim como a extensão de um dispositivo a um beneficiário não implica a criação de uma obrigação nova ao país concedente, visto que esta já existia em relação ao terceiro.

c) uma norma do direito internacional econômico: é a concretização da técnica de adaptação com uma dupla função, econômica e jurídica, que se complementam na medida em que o aplicador do direito o faz verificando o real sentido e finalidade econômica do dispositivo.

d) uma técnica particular de não-discriminação: existem várias formas de se aplicar técnicas de não-discriminação, sendo que da CNMF deriva o tratamento nacional e o tratamento não-discriminatório.

e) uma norma de direito convencional: não é um costume, mas deriva dele, estando positivada nos acordos.

1.2 Histórico do desenvolvimento e utilização da CNMF no direito internacional

O comércio internacional possui uma história de evolução muito rica, o que a torna interessante e útil para a análise ora proposta, uma vez que confere uma visão dos elementos que antecederam a CNMF atualmente aplicada. Isso poderá demonstrar que a aplicação da mesma pode ter um aspecto muito mais amplo do que o imaginado, o que servirá para a verificação de sua real ou aparente inobservância pelos participantes dos acordos bilaterais, foco central da análise.

Historicamente, o comércio internacional nasceu no dia em que o estrangeiro deixou de ser tratado como inimigo, passando a ter um acolhimento mais hospitaleiro e geográfico, considerando os países do oriente como os primeiros comerciantes

além-fronteira. Apesar de restritos e imperfeitos, remonta-se à antiguidade e primeira metade da idade-média, o período de formação dos primeiros tratados.¹⁰²

Nos tratados¹⁰³ existem duas classes de partes ou países-signatários: os ativos ou sujeitos do comércio (comerciantes) e os passivos ou objetos do comércio (consumidores). O embrião da CNMF encontra-se na atitude dos primeiros comerciantes que, estabelecendo concorrência entre si, demandavam aos países consumidores, que não possuíam muita prática exportadora, que lhes estendesse os mesmos privilégios acordados com comerciantes considerados “rivais”. Exemplo disto foi o acordo concluído em 8 de novembro de 1226, entre o imperador Frederico II e o governante da cidade de Marseille, pelo qual o último lhe concedia os mesmos privilégios anteriormente acordados com Pisa e Gênese.¹⁰⁴ Todavia, fator interessante deste primeiro momento é que em todos estes acordos de extensão de privilégios se verificava um elemento de subordinação entre a nação consumidora em relação à comerciante, o que mudou a partir do século XV, devido às novas descobertas geográficas e técnicas e à conseqüente mudança de mentalidade entre os parceiros comerciais.

A partir do século XV nascem os grandes Estados que começam a compreender a importância do comércio e a concorrência efetivamente é instalada entre eles. Com o tratado concluído em 1417, entre Inglaterra e Borgonha, o tratamento da CNMF entra em uma nova fase, não mais de subordinação e sim de coordenação. A reciprocidade formal é alterada para uma reciprocidade material e se aproxima da idéia de equivalência. Entretanto, a

¹⁰² Vários acordos são citados como concluídos neste período entre Roma e Carthage em 509, 347 e 306, mas nesta época o comércio exterior se fazia por meio de licenças, como concessões unilaterais revogáveis a qualquer momento, segundo a vontade de quem concedeu. Somente mais tarde, já nos séculos XIII e XIV, encontramos os acordos bilaterais que acompanharam o apogeu das cidades marítimas italianas. No tempo das cruzadas, Veneza haveria emprestado a Luís IX uma frota para transporte da tropa recebendo em compensação direitos relacionados às conquistas das cruzadas na Palestina e Síria. VEILCOVITCH, V. *Traité de commerce*, thèse, Paris 1892, pp. 104 e ss. Apud EBNER, Josef. **La clause de la nation la plus favorisée en droit international public**. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, p. 22.

¹⁰³ A menção ao adjetivo “internacional” é desnecessária e até mesmo redundante, visto que o termo em si já implicaria no entendimento de seu caráter além-fronteira. Ou seja, todo tratado é internacional sendo incorreto utilizar a expressão “tratado internacional”.

¹⁰⁴ CAVARETTA. **La clausola de la nazione la piu favorita**. Apud SALMASLIAN, Armenag. *La Clause de la nation la plus favorisée*, thèse pour le doctorat ès sciences économiques et politiques. Paris: E. Larose, 1921, p. 21.

extensão de benefícios e tratamento recíproco ainda é limitada por listas nominativas de Estados parceiros. Foi somente a partir do Século XVII, quando a maioria dos Estados já participava das trocas, tornando-se impraticável oferecer benefícios a uns sem estendê-los aos demais, tendo em vista a possibilidade de represálias por parte dos que se sentissem prejudicados, que o sistema de monopólio foi substituído pelo de concessões comuns a todas as grandes nações, sendo mais um fenômeno histórico de origem do moderno tratamento da nação mais favorecida.¹⁰⁵

Entretanto, somente no século XVIII é que efetivamente surgiu a CNMF na concepção moderna. Idéias mercantilistas e coloniais, baseadas em um protecionismo exacerbado predominavam nesse período, enfraquecendo as relações de reciprocidade. Todavia, a Inglaterra continuava adotando a CNMF em vários de seus tratados e outras nações a acompanharam, como Dinamarca e Marrocos em tratados de 1776. Em 1778 surge uma nova fase do desenvolvimento da CNMF com a declaração de independência dos EUA e sua entrada no comércio internacional. A atuação dos EUA influenciou toda a política econômica que guiava as relações comerciais entre os países, pois inseriu a concepção realista do “*bussinessman*” presente desde o primeiro acordo com a França em 6 de fevereiro de 1778. Esta concepção americana estava fundada na idéia da “*most perfect reciprocity and equality*”, ou seja, não bastaria prometer reciprocidade, as contrapartidas deveriam ser reais.¹⁰⁶

De 1830 a 1860, verificou-se a aplicação da cláusula, mas no formato condicional¹⁰⁷, isto porque acompanhando a independência dos EUA, ocorreu a Revolução Francesa que modificou ainda mais o ambiente internacional propiciando a formação de muitos conflitos. Neste período houve a predominância do protecionismo e a conseqüente

¹⁰⁵ O tratamento da nação mais favorecida estaria também presente em vários tratados feitos entre as grandes potencias e países do oriente. Todavia em vários deles a extensão dos benefícios se referem somente a relações futuras e citam o tratamento de modo genérico sem mencionar a forma atual que temos da CNMF. EBNER, Josef. **La clause de la nation la plus favorisée en droit international public**. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, p. 30 e 31.

¹⁰⁶ GLIER, V. Die Meistbegünstigungsklausel, 1905, p.25. Apud EBNER, Josef. Op. cit., p. 38.

¹⁰⁷ A classificação entre cláusula condicional ou incondicional será vista mais a frente na seção 1.3. deste mesmo capítulo, quando serão abordados os modos de aplicação da cláusula.

diminuição de acordos visando à liberalização comercial. Todavia, com a chegada da década de 1860 e das idéias inglesas que apoiavam o liberalismo, a política comercial internacional começou a mudar e a utilização da CNMF de forma incondicional começou a surgir nos tratados dentro da Europa. Este foi um período importante para a CNMF, visto que a Inglaterra aboliu as ‘*corn law*’ e o Ato de navegação, ambos protecionistas, e se engajou na livre troca, adotando a cláusula incondicional. Esta atitude da Inglaterra é explicada pelo fato de que quando um país decide apoiar o liberalismo ele acaba retirando ou reduzindo bastante suas tarifas aduaneiras, o que acaba por restringir seu poder de barganha no caso de aplicação de um formato condicional. Todavia, apesar de vários acordos concluídos entre 1860-1870 possuírem a cláusula em seu formato incondicional, ações protecionista continuam a proliferar neste período.¹⁰⁸

Um dos efeitos desta convivência paralela entre a cláusula em seu formato incondicional e políticas protecionistas é que a partir de 1902, a CNMF passa a ser caracterizada por uma minúcia especializada, como o ocorrido com a renovação dos tratados de comércio de 1892, que haviam expirado. Visando à renovação, a Alemanha elaborou uma nova lei em dezembro de 1902 com uma nova tarifa dividida em 19 classes que continha 946 pontos com inúmeras subseções que chegavam a 1450, em oposição às 400 da tarifa precedente. Este caráter de especificidade da aplicabilidade da cláusula funcionava como uma válvula de escape dos efeitos que a mesma poderia produzir estando presente em outros acordos, principalmente os relacionados à França. Especificando mercados e produtos abrangidos pela cláusula, a Alemanha, que possuía bastante habilidade para tal, concluiu vários tratados com Bélgica, Rússia entre outros. Alguns Estados a acompanharam enquanto outros como os EUA continuaram somente com cláusulas de reciprocidade, conservando seu protecionismo. A Inglaterra continuou adotando o modelo incondicional, mas em suma

¹⁰⁸ EBNER, Josef. **La clause de la nation la plus favorisée en droit international public**. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, p. 43-44 e 53.

podemos dizer que no fim do século XIX o protecionismo vigorava e as taxas subiram bastante.¹⁰⁹

O período que engloba os anos de 1914 a 1919 foi marcado pelas perturbações da guerra e a formação de barreiras dos Estados Aliados em relação aos impérios centrais. Diante das várias lacunas nas economias nacionais, os Estados se dividiram em duas correntes: os que acreditavam na autonomia econômica de cada país e outros que acreditavam que as trocas e uma economia interligada seriam melhores alternativas, tendo em vista que reforçariam a chamada “divisão do trabalho”. Nos tratados de paz estes vácuos foram preenchidos por entendimentos unilaterais provenientes das potências aliadas e em regra estavam associados ao tratamento da nação mais favorecida. Mas este tratamento era concedido de modo unilateral e por um período não superior a cinco anos aos Estados aliados. Com o fim da guerra, o sentimento nacionalista reforçou o protecionismo, falando-se até mesmo em um renascimento do mercantilismo. A preocupação naquele momento era de reerguer a indústria nacional e excluir as estrangeiras do mercado interno. Como resultado, verdadeiras muralhas aduaneiras foram formadas, inclusive com participação da Inglaterra, que, mesmo levantando a bandeira do livre comércio, aumentou suas taxas. Com vontade de manter sua autonomia os Estados começaram a denunciar os tratados.¹¹⁰

Em 1927, ocorreu a Conferência Econômica Internacional que influenciou de modo considerável o Comitê Econômico da Sociedade das Nações (SDN – também conhecida como Liga das Nações) e auxiliou na definição dos principais pontos e diretrizes da política comercial internacional, capazes de levar os Estados a uma ação concertada. Estas recomendações ou diretrizes preconizavam o retorno à cláusula em seu formato ilimitada e incondicional e previam uma cláusula de arbitragem auxiliar. Todavia, tais recomendações

¹⁰⁹ EBNER, Josef. **La clause de la nation la plus favorisée en droit international public**. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, p. 57 a 62.

¹¹⁰ SAUVIGNON, Edouard. . **La clause de la nation la plus favorisée**. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 1972. p. 9-14.

não foram seguidas, em razão de vários entraves e falta de boa-vontade dos Estados para prosseguirem com o projeto, apesar da proposição de três métodos de redução tarifária: unilateral, bilateral e plurilateral.¹¹¹

Neste período já existia a preocupação entre a convivência da CNMF e os acordos bilaterais. A solução encontrada foi de estipular dispositivos que impedissem a aplicação das vantagens presentes em acordos bilaterais aos plurilaterais. Verifica-se um caráter protecionista neste entendimento, mas que é justificado pelo espírito da época. Todavia, a partir de 1930, várias conferências começaram a se desenrolar buscando o desarmamento econômico dos Estados que perceberam a necessidade de um acerto entre eles a fim de melhorar o regime de produção e trocas comerciais, estreitando a cooperação, expandindo os mercados e garantindo a paz entre as nações. Mesmo convenções sobre agricultura foram realizadas para discutir a destinação dos excedentes, provenientes da crise agrícola na Europa Central. Várias derrogações a CNMF foram propostas em favor dos países europeus que produziam os produtos agrícolas no continente europeu.¹¹²

O arcabouço histórico analisado não prossegue para o período pós Segunda Guerra Mundial pelo fato de que neste nasceu o GATT 1947 que trouxe a CNMF no formato utilizado até o momento atual. Todavia, relevante é a menção à utilização desta no período de tensão entre EUA e URSS, constatando-se a possibilidade de utilizá-la como instrumento de barganha entre potências mundiais.

O princípio da não-discriminação, configurado na obrigação do tratamento da nação mais favorecida, é para os países socialistas uma segurança política: qual seja, a de participarem de forma igualitária das relações econômicas internacionais, apesar das

¹¹¹ Relatório apresentado em maio de 1928 pelo Comitê Econômico da SDN. In: ALLIX, Edgar. **Science financière: Les droits de douanes**. Paris : Cours de droit , 1928/29, p. 258 e ss.

¹¹² Na Conferência de Varsóvia de setembro de 1930, ficou estabelecido que devido a situação particular e grave da produção agrícola europeia uma derrogação da CNMF em favor dos produtores de tais bens representava o único meio eficaz e prático, criando-se um banco hipotecário que concedia vantagens a estes. EBNER, Josef. **La clause de la nation la plus favorisée en droit international public**. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, p. 71.

diferenças existentes entre os sistemas econômicos adotados. Além disso, a CNMF pode ser considerada como uma necessidade para a convivência pacífica entre as nações, visto que possibilita melhoras nas relações econômicas internacionais que conseqüentemente influenciam as relações políticas. Todavia, os EUA se recusaram a conferir este tratamento a URSS por mais de vinte anos por razões técnicas e políticas, apesar de tê-lo dado a outros Estados socialistas, como Polônia e Iugoslávia. Sua argumentação técnica era de que em uma economia de Estado a CNMF não se adapta, pois só traz vantagem a uma das partes, visto que com a cláusula os parceiros controlam suas concorrências e isto só é possível em economias de mercado onde as decisões são tomadas por empresas ou economias privadas que buscam as melhores condições. Isto é mais incerto em um país socialista e Washington não almejava realizar trocas que parecessem vazias ou sem perspectivas. O segundo fator era de cunho político e estava diretamente relacionado às mutações pelas quais os dois Estados passavam no momento.¹¹³

Ao longo da história, a CNMF foi utilizada em vários contextos e com várias funções. Interessante esta contextualização para a realização de uma possível comparação entre o reflexo do espírito de cada época na utilização da CNMF, demonstrando que nem sempre foi o mesmo, apesar de formalmente parecer que a cláusula possui um formato único.

Após esta análise de cunho estritamente histórica, o entendimento da CNMF será aprofundado pelo estudo dos seus principais elementos constitutivos, quais sejam: o modo de redação, aplicação, natureza jurídica, interpretação e vantagens e desvantagens da mesma. Isto será basilar e fundamental para a análise da mesma no contexto da OMC.

¹¹³ SAUVIGNON, Edouard. La clause de la nation la plus favorisée dans les relations commerciales américano-soviétiques. In: **Revue Générale de Droit International Public**, tome 87, 1983 n. 3 Paris. Charles Rousseau et Michel Virally.

1.3 Modos de redação da CNMF

A CNMF pode ser redigida de várias formas uma vez que não existe uma CNMF única e sim estipulações diversas, de acordo com cada caso concreto, apesar de terem a mesma finalidade de tratamento igualitário e não-discriminatório.¹¹⁴

Neste sentido, a CNMF pode ser redigida de forma independente ou dependente. Independente no sentido de que a cláusula em si já é uma convenção, não fazendo parte de um texto maior através de seus dispositivos como a dependente. Como exemplo de redação independente existem os antigos acordos de troca de notas como o concluído entre a Romênia e o Egito em 16 de abril de 1930.

Já na forma dependente, conforme mencionado, a cláusula faz parte de um acordo ou convenção, juntamente com outros dispositivos e é a forma mais usual, inclusive sendo a adotada pelo GATT. Neste caso, a cláusula é geralmente inserida nos artigos ou dispositivos que compõem esta convenção maior.¹¹⁵

Em relação à enunciação do princípio, a doutrina ainda apresenta métodos para o mesmo. Para tanto, existem o método sintético e o analítico. De acordo com o método sintético, a CNMF enuncia um tratamento da nação mais favorecida geral ou especificando alguns privilégios já acordados e que serão garantidos aos outros. Entretanto, na forma analítica, esta especificação é mais precisa e porta em si as conseqüências da utilização da cláusula. Este método analítico pode ainda ser subdividido em outros dois de acordo com a demonstração das conseqüências de modo apartado¹¹⁶ ou não¹¹⁷ do artigo que enuncia a cláusula. Pode existir ainda o caso em que são enunciadas somente as conseqüências sem menção ao princípio da mesma.

¹¹⁴ ANZILOTTI, Dionisio. **Cours de droit international**. Paris: LGDJ, 1999, p. 430.

¹¹⁵ ITO, N. **La clause de la nation la plus favorisée**. Paris: Les éd. Intern., 1930, p. 106.

¹¹⁶ Como no tratado concluído entre o México e a Nicarágua em 1910. EBENER, Josef. **La clause de la nation la plus favorisée en droit international public**. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, p 111.

¹¹⁷ Como no tratado concluído entre a 'Zollverein' e a Suíça em 13 de maio de 1869. Ibidem

Diante desta diversidade de modos de redação e aplicação da CNMF, um projeto de redação uniforme foi depositado em 15 de fevereiro de 1929 durante os trabalhos da 27ª sessão do Comitê Econômico da SDN e mencionava uma fórmula segundo a qual a CNMF seria apresentada em termos gerais, podendo ser modificada de acordo com as circunstâncias em cada período.¹¹⁸

1.4 Modos de aplicação e efeitos da CNMF

Os modos de aplicação da CNMF são classificados como condicionais ou incondicional, também denominado gratuito. O modo condicional prevê que para o tratamento mais favorável alcançar um determinado parceiro, este deverá oferecer, em contrapartida, alguma concessão comercial, que deve ser prévia, sendo uma combinação da cláusula de reciprocidade com a da nação mais favorecida. Esta modalidade não se aplica a OMC, visto que nem sempre os Estados têm necessidade de oferecer contrapartidas, o que acabaria restringindo o comércio entre parceiros em condições equivalentes.¹¹⁹

Relacionadas aos modos de aplicação da CNMF estão seus efeitos, considerados sob um viés positivo e outro negativo. Considera-se que o efeito será positivo quando a cláusula for aplicada de modo a obrigar cada parte contratante a acordar com as demais os mesmos favores que ela tenha acordado ou acordará com qualquer outro Estado. Já o efeito negativo, define a aplicação da cláusula de modo a obrigar os Estados-parte a

¹¹⁸ Para maiores informações ver SOCIEDADE DAS NAÇÕES. Relatório do Conselho sobre os “Trabalhos da vigésima sétima Sessão do Comitê Econômico”, 23 de janeiro de 1929.

¹¹⁹ Existiria ainda a categorização desta Cláusula em unilateral ou bilateral, sendo que ordinariamente se aplica a bilateral. A unilateral significa que só uma das partes se beneficia da Cláusula. Esta modalidade é mais rara, tendo sido utilizada segundo registros históricos em Acordos onde não havia conhecimento de benefícios equivalentes, como no caso do comércio entre as nações industrializadas e o Oriente no período em que o comércio de exportações era praticamente desconhecido para os últimos. A prática da OMC e de toda a utilização da CNMF demonstra que o modo bilateral é o que vigora em absoluto. Vale ressaltar que há casos em que mesmo sendo bilateral somente uma parte se beneficia, sendo o chamado bilateralismo de direito traduzido por um unilateralismo de fato, como no caso de um dos contratantes ter seu movimento exportador muito mais desenvolvido do que a outra parte. Conforme demonstrado no histórico de formação da CNMF, as especificações podem funcionar como válvula de escape para este bilateralismo de tratamento. EBNER, Josef. **La clause de la nation la plus favorisée en droit international public**. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, p. 104-107.

estenderem da mesma forma os chamados “desfavores” que oferece aos co-contratantes aos terceiros que buscam se beneficiar da CNMF. A partir da compreensão deste efeito, nota-se que cada parte deve “prejudicar” o terceiro na mesma medida que o faz com o co-contratante e ao mesmo tempo existe um tratamento mínimo estabelecido. Estes dois efeitos estão compreendidos na modalidade incondicional e são utilizados na redação da mesma.¹²⁰

O campo de aplicação da CNMF varia bastante, podendo estar relacionado a matérias comerciais, aduaneiras, consulares ou de direito privado. Os campos que mais se relacionam com o trabalho proposto são os dois primeiros que englobam as trocas comerciais e suas taxas e modos de cobrança dos direitos aduaneiros, todavia não devemos desconsiderar a extensão de aplicação desta cláusula, que pode inclusive ser utilizada na proteção de propriedades artísticas e culturais ou em conflitos de normas e competências.¹²¹

1.5 Natureza jurídica da CNMF

A natureza jurídica da CNMF é de dispositivo convencional que representa a expressão legal de um entendimento feito, em geral, bilateralmente entre dois atores internacionais. Isto é mais bem compreendido pela análise de que na conclusão do tratado as partes manifestando suas vontades concedem elementos de modo recíproco. Desta troca resultam obrigações de fazer e não-fazer, sendo que as de fazer englobam o tratamento da nação mais favorecida, ao passo que as de não-fazer estão diretamente relacionadas ao entendimento estabelecido.¹²²

Deste modo entende-se que o objeto da obrigação assegurada pela CNMF são os privilégios acordados com terceiros e que devem ser estendidos aos co-contratantes. Tais privilégios podem estar previamente definidos na enunciação da CNMF, assim como a

¹²⁰ SAUVIGNON, Edouard. **La clause de la nation la plus favorisée**. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 1972. p. 28.

¹²¹ Ibidem, p. 31-74.

¹²² ITO, N. **La clause de la nation la plus favorisée**. Paris: Les éd. Intern., 1930, p. 413.

definição de quem são estes terceiros e a partir de quando são oferecidos, ou ignorados no momento do estabelecimento da mesma. Caso sejam pré-estabelecidos forma-se uma espécie de contrato comutativo, mas caso sejam ignorados, constitui-se uma espécie de contrato aleatório.¹²³

Em geral, a CNMF não especifica os privilégios e nem os terceiros, utilizando uma base ampla de aplicação. No caso específico da OMC, a CNMF está estabelecida dentro de um universo de obrigações de meio e de resultado, sendo que seu resultado final, qual seja o da extensão de privilégios, é encarado como uma obrigação de resultado.¹²⁴

Enfim, o que deve ser especificado ainda em relação a CNMF é que esta não cria uma regra de direito, apesar da opinião contrária de alguns autores¹²⁵, mas pelo contrário, faz parte de um arcabouço jurídico, sendo reservado a ele um papel de sujeição a este.

1.6 Interpretação da CNMF

De acordo com o tratado em que é estabelecida, a CNMF pode ser interpretada de várias formas. A SDN se preocupava com a interpretação da mesma deste 1928, quando seu Comitê Econômico já mencionava a necessidade de uma doutrina precisa relacionada à interpretação da CNMF nos diversos acordos internacionais. Sendo assim, um conjunto de regras gerais foi estabelecido comportando três grandes enunciados:

¹²³ Esta subdivisão entre contratos comutativos ou aleatórios se daria de acordo com a determinação das prestações, sendo que se as obrigações de cada parte forem certas e determinadas desde a formação do contrato, teríamos um contrato comutativo, ao passo que se tais obrigações não forem conhecidas no momento da formação do contrato, dependendo de elementos futuros, teríamos um contrato aleatório. BIHR, Philippe. **Droit civil general**. 15. ed. Série droit privé. Paris: Dalloz, 2004, p. 170 e 171.

¹²⁴ Obrigação de meio se contrapõe a obrigação de resultado, uma vez que em relação a última ocorre violação se o resultado não é alcançado, independente do meio, ao passo que na obrigação de meio, há a necessidade de observância do emprego de meios especificamente determinados, não cabendo ao obrigado a escolha. SALMON, Jean. **Dictionnaire de droit international public**. Bruxelas: Bruylant/AUF, 2001, p. 766 e 769.

¹²⁵ Schweinfurth considera que a CNMF pode se tornar uma norma ou como considerado por ele um 'tratado-lei' caso os Estados acordem de forma única uma interpretação para a mesma e a apliquem de modo irrestrito. SCHWEINFURTH, Die Meislbegünstigungs Klausel, 1911. Apud EBNER, Josef. **La clause de la nation la plus favorisée en droit international public**. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, p. 132.

- a) a cláusula deve ser considerada no sentido da época em que foi estipulada;
- b) a cláusula deve ser interpretada segundo a natureza do tratado;
- c) a cláusula deve ser interpretada em relação a seus efeitos e segundo o teor de sua redação.¹²⁶

O primeiro enunciado compromete a interpretação da cláusula ao período em que foi estabelecida oferecendo um aspecto de segurança jurídica para as partes beneficiárias da mesma, uma vez que busca evitar que a aplicação da cláusula seja maculada pela mudança de contexto. No caso da OMC, por exemplo, a CNMF foi estabelecida de modo incondicional e de acordo com uma ideologia¹²⁷ liberal. Caso haja um retorno a um período de protecionismo exacerbado nos dias atuais, o espírito liberal é o que deve prevalecer e ser considerado.

Já o segundo enunciado restringe a utilização da cláusula à matéria do acordo no qual a mesma se insere, não podendo uma cláusula utilizada para assuntos econômicos, ser estendida para questões diplomáticas, por exemplo.

O terceiro e último enunciado, coloca em evidência a importância da redação e dos efeitos pretendidos quando de sua elaboração, estando relacionado à verificação da compatibilidade entre a matéria reivindicada e as categorias de interesse pelos quais o tratamento foi estipulado.

¹²⁶ EBNER, Josef. **La clause de la nation la plus favorisée en droit international public**. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, p. 135-138.

¹²⁷ A definição de ideologia não é única. Entre os diversos significados para o termo temos um considerado “fraco” e outro “forte” apresentados por Norberto Bobbio. O significado fraco seria de que a ideologia representa “um conjunto de idéias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos”. Em contrapartida, o forte partiria do conceito de ideologia de Marx, e seria entendida como “[...] falsa consciência das relações de domínio entre as classes”. Esta segunda acepção seria claramente diferente da primeira pelo fato de centrar a definição na noção de falsidade, que é modificada, corrigida e alterada pelos autores que se valem deste significado. Sendo assim, no significado fraco seria um conceito neutro ao passo que no significado forte possuiria uma carga negativa. No caso específico, em que tratamos da ideologia no momento de definição da CNMF nos acordos da OMC, ambos os significados podem ser aplicados. BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. v. 1. 4. ed. Brasília: EdUNB, 1992, p. 585.

A interpretação feita à CNMF influirá sob os efeitos determinados para a mesma, uma vez que estes efeitos podem se pronunciar no espaço e no tempo. No espaço ela se aplica a todas as partes contratantes ou Membros do tratado que a enuncia. Já no fator tempo, deve se considerado que, apesar da maioria da doutrina dispor que esta cláusula se aplica a privilégios acordados tanto anteriormente como posteriormente ao seu estabelecimento, existem autores que defendem a teoria de que a mesma não engloba as vantagens concedidas ulteriormente. Neste ponto, vale ressaltar que há uma exceção de modo praticamente uniforme na doutrina de que as vantagens posteriores a título oneroso não são alcançadas pela cláusula.¹²⁸ Logo, pode-se dizer desde então que caso se conceda em um acordo bilateral uma vantagem a título oneroso, os demais membros da OMC não podem reivindicá-la para si.

Por fim, uma última consideração a respeito dos efeitos da CNMF deve ser apresentada, que é a da situação do contrato original perder seus efeitos. Neste caso, o beneficiário da cláusula também perde a vantagem adquirida uma vez que *cessante causa, cessat effectus*. Logo, se o privilégio foi concedido simplesmente e inteiramente em função da cláusula, está diretamente subordinado à sua existência. Para evitar isso, o Estado deve estabelecer um tratado a parte que se origina do benefício conseqüente da cláusula, mas não está vinculado a esta, sendo independente da continuação das vantagens em relação ao terceiro.¹²⁹

1.7 Vantagens e desvantagens da adoção da CNMF

Quando as partes de um tratado decidem inserir a CNMF em seus dispositivos, o fazem tendo em vista a vantagem que esta acarreta. A questão que se coloca é

¹²⁸ EBNER, Josef. **La clause de la nation la plus favorisée en droit international public**. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, p. 149.

¹²⁹ Ibidem, p. 150.

se esta cláusula possui uma eficácia tal para assumir o papel de um verdadeiro instrumento de garantia de igualdade entre os parceiros. Para os liberalistas a adoção da CNMF é totalmente defendida, mas não são categóricos em admitir que esta será suficiente para garantir a política aduaneira entre os parceiros no sentido da liberdade de mercado, uma vez que práticas protecionistas podem ser, e em verdade são, desenvolvidas mesmo pelos parceiros que figuram em acordos com a cláusula claramente estipulada.

A CNMF tem um papel de facilitador do mercado no sentido que auxilia no desenvolvimento deste. Isto porque ela estabelece aos países signatários do acordo condições de concorrência praticamente igualitárias; fixa uma tarifa convencional uniforme para as importações de todos os demais titulares da cláusula; evita uma mudança brusca das condições de concorrência, provendo maior estabilidade às relações comerciais; facilita os procedimentos aduaneiros a partir do momento que evita a adoção de várias tarifas para diversos países; os direitos aduaneiros e as tarifas em geral tendem a diminuir.¹³⁰

Todavia, apesar de todas estas vantagens para as relações comerciais internacionais, existem algumas desvantagens na adoção da cláusula, como o fato de a CNMF, na forma incondicional, poder ser utilizada como um obstáculo para medidas liberalizantes, por generalizar um privilégio, adquirido por um país, via fornecimento de concessões, sendo que para alguns beneficiários, esta extensão se dará mesmo sem sua vontade. Os principais defensores desta linha contrária à adoção da CNMF acreditam que a reciprocidade é o elemento mais importante no estabelecimento das relações comerciais, sendo que a cláusula aplicada de modo incondicional não proporciona um tratamento recíproco. Por outro lado, a corrente defensora do uso da cláusula menciona que esta evita a

¹³⁰ SAUVIGNON, Edouard. **La clause de la nation la plus favorisée**. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 1972, p. 10-14.

generalização injustificada das tarifas convencionais, podendo inclusive conduzir todo o sistema a um colapso em virtude da confusão de aplicação das mesmas.¹³¹

Diante destes argumentos, percebe-se que ambos os lados possuem sua base de justificativa aceitável, uma vez que realmente o mais justo é a cláusula condicional, onde o país efetivamente “paga” pelo benefício recebido, além de forçar os protecionistas a concluírem os tratados em condições de maior paridade. Todavia, a reciprocidade pura também pode ser taxada como desigual, uma vez que desigualdades naturais vão continuar existindo e de fato se fortalecendo em virtude da ausência de poder de barganha e de troca de alguns parceiros em detrimento de outros.

Logo, verifica-se que mais vantagens existem do que desvantagens para a aplicação da cláusula de forma incondicional, tendo em vista a disparidade de nível de desenvolvimento dos parceiros e o espírito buscado pela mesma de oferecer a todos um tratamento ao menos próximo do equânime.

2 A CNMF no GATT/OMC

Tendo por objetivo assegurar aos seus beneficiários uma igualdade perante terceiros, a CNMF inserida no contexto da OMC tem por função última promover a liberalização do comércio de forma generalizada e com bases igualitárias. Estes são justamente os pontos nodais de todo o sistema, pois garantem a natureza multilateral e conferem a todos uma liberalização na mesma medida.

Ao estabelecer a CNMF como cláusula incondicional a orientar o sistema de trocas internacionais, os Estados deixaram de confiar somente no requisito da reciprocidade, passando a contar com um novo instrumento garantidor de relações equânimes. Vale ressaltar que os países não-membros não podem invocar o benefício da CNMF, visto que a essência

¹³¹ VEILCOVITCH. Les traités de commerce, Thèse, Paris 1982, p. 424. *Apud* EBNER, Josef. **La clause de la nation la plus favorisée en droit international public**. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, p. 190.

das uniões internacionais como a OMC reside na reciprocidade, além do que os dispositivos de um tratado só incidem sobre aqueles que efetivamente são parte destes.

Partindo do pressuposto de que a OMC é constituída sob uma base de acordos multilaterais¹³², segundo os quais as partes contratantes ou no caso específico os Membros são em número superior a dois, sendo todos juridicamente iguais, a CNMF será analisada no “trânsito” destes acordos, considerando ainda que esta não é exclusividade de acordos multilaterais, podendo existir e efetivamente existindo também em acordos bilaterais.¹³³ Em um primeiro momento será visto o contexto de adoção desta cláusula pelo sistema GATT/OMC, para em seguida proceder-se à análise da cláusula em si e das diversas falhas e imprecisões relacionadas à mesma e que podem servir como porta de aceitação dos tão temidos acordos bilaterais.

2.1 Contexto histórico de adoção da CNMF pelo GATT/OMC

O Acordo Geral de Tarifas e Comércio, GATT, no qual a CNMF está inserida foi constituído a partir de uma série de negociações, sendo que em paralelo foram realizadas negociações a respeito da conclusão de um acordo mais largo, no contexto da Carta de Havana ainda em 1947. A Carta de Havana para a formação de uma Organização Internacional do Comércio (OIC) foi negociada durante os anos de 1946-1948, mas nunca

¹³² A doutrina enuncia uma classificação entre tratados essencialmente multilaterais, que seria o caso da OMC e tratados mini-multilaterais que seriam os concluídos por vários Estados, mas na realidade ele se relaciona a um tratado bilateral como no caso do Tratado de Versailles, que teria sido concluído entre dois grandes grupos de Estados. ITO, N. **La clause de la nation la plus favorisée**. Paris: Les éd. Intern., 1930, p. 393 e ss.

¹³³ Conforme verificado pela análise histórica de utilização da cláusula pelos Estados no cenário internacional, a prática de inseri-la nos acordos bilaterais de comércio existe desde o século XVI, sendo que o GATT ao adotá-la em 1947, a multilateralizou, ou seja, tornou obrigatória para todos as suas partes contratantes. COLARD-FABREGOULE, Catherine. **L'essentiel de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)**. Paris: Gualino, 2002, p. 19.

entrou em vigor. Já o GATT, foi negociado durante os anos de 1946-1947, sendo provisoriamente aplicado a partir de 1º de janeiro de 1948.¹³⁴

Ao longo deste período de negociações, os principais Estados apresentaram projetos nos quais se encontravam proposições a respeito de medidas a serem tomadas para o fim último de liberalização e reconstrução do comércio internacional. Entre as mais conhecidas estão o *US Draft*¹³⁵, o *London and New York Drafts*¹³⁶ e o *Geneva Draft*¹³⁷. Todos estes trabalhos foram desenvolvidos e apresentados durante as Sessões do Comitê Preparatório das Nações Unidas, formadas na ocasião de realização da Conferência para o Comércio e Emprego desta mesma organização. A análise dos trabalhos preparatórios de inserção da CNMF demonstra que nestes projetos, os diversos Estados já faziam menção a esta cláusula, como o artigo 16 da Carta de Havana, o artigo 8º do *US Draft*, o artigo 14 da *London and New York Drafts* e o artigo 16 da *Geneva Draft*.

O parágrafo 1º do artigo I do GATT, onde a CNMF está claramente mencionada, foi formulado com base no modelo da cláusula da nação mais favorecida da Liga das Nações, sendo que as referências a pagamentos de transferência internacional e taxas internas foram introduzidas pelo modelo proposto pelos Estados Unidos no *US Draft*. Além disso, neste mesmo documento, já havia a proposta de exceções em relação a preferências oferecidas para algumas taxas de importação. De acordo com o artigo 8º, a margem de preferência não poderia crescer acima do nível existente em 1º de julho de 1946 e poderia ser objeto de negociação para sua eliminação.

Já o *London Draft Charter* mencionava exceções como as preferências em relação a territórios que em 1º de julho de 1939 mantinham relações de soberania

¹³⁴ Mesmo tendo sido negociado como um acordo provisório, o GATT vigorou até o ano de 1995, quando foi substituído pela OMC.

¹³⁵ Durante os trabalhos preparatórios do Comitê, as Nações Unidas utilizavam o símbolo “E/PC/T” ao mencionar tais documentos, todavia a partir da instituição do GATT e nos anexos do mesmo, estes são mencionados como “EPCT”. O *US Draft Charter* pode ser encontrada sob a referência EPCT/C.II/25.

¹³⁶ EPCT/33 e EPCT/34.

¹³⁷ EPCT/186

compartilhada, ou ainda em relação a preferências imperiais ou a preferências estabelecidas no acordo entre Estados Unidos e Cuba.

O artigo I do GATT sofreu um processo de emenda somente uma vez, em 1948, por meio do Protocolo de Emenda da Parte I e do artigo XXIX, na qual foi inserido o § 3º. Outras emendas foram discutidas nas Sessões de Revisão de 1954-1955, sendo grande parte relacionada a margens de preferência e perdas aceitáveis.¹³⁸

A cláusula vigente no contexto da OMC vale-se do modo de aplicação incondicional justamente por não demandar contrapartidas aos parceiros que se beneficiarão da mesma. Todavia, durante a vigência do GATT 1947, esta cláusula variou um pouco, sendo denominada de *code conditional*¹³⁹. Isto porque com o fim da Rodada Tóquio (1973-1979) foram concluídos acordos que se distinguiam entre *codes* ou *side agreements*, que abrangiam barreiras não-tarifárias ao comércio. Buscando evitar que os parceiros não-signatários destes últimos se beneficiassem dos mesmos, o que poderia ocorrer caso mencionassem a CNMF, ficou estabelecido que a mesma só se aplicaria aos *codes*. Com a OMC, isso foi superado, uma vez que, de acordo com a sistemática do pacote único adotado por esta organização¹⁴⁰, todos os acordos passaram a ser obrigatórios com exceção do Anexo IV, que trata dos acordos plurilaterais: Acordo sobre Comércio de Aeronaves Civis e Acordo sobre Compras Governamentais.

¹³⁸ GATT, **Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice**. 6. Ed. 1994, p. 59.

¹³⁹ JACKSON, JOHN H. **The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations**. 2. ed. Cambridge: MIT, 1999, p. 162.

¹⁴⁰ A OMC inovou em relação ao GATT, adotando o chamado '*pacote único*', segundo o qual todos os membros da organização são, obrigatoriamente, parte de todos os acordos estabelecidos no âmbito desta, ou seja, todos os Estados-membro são parte de seu acordo constitutivo e anexos, com exceção ao anexo IV, em que cada membro possui a prerrogativa de participar ou não, sendo classificados como acordos plurilaterais. Tal obrigatoriedade estaria estabelecida no artigo II:2 do Acordo Constitutivo da OMC. O sistema no antigo GATT era o chamado *GATT à la carte*, expressão utilizada por Virgile Pace, segundo a qual o Estado poderia escolher o acordo que desejasse participar, além de poder optar em relação às exceções e à possibilidade de invocação de direitos pré-existentes ao GATT (direito de avô), muito utilizada como válvula de escape quanto ao cumprimento de obrigações assumidas. PACE, Virgile. **L'Organisation Mondiale du Commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux**. Paris: L'Harmattan, 2000, p. 90.

A CNMF prevista no artigo I do GATT convive com diversas outras cláusulas de nação mais favorecida ou não-discriminação estabelecidas em outros dispositivos do acordo como regulamentos restritivos internos (artigo III, § 7º), filmes cinematográficos (artigo IV, (b)), trânsito de bens (artigo V, §§ 5º e 6º), marcas de origem (artigo IX, § 1º), restrições quantitativas (artigo XIII, § 1º), comércio estatal (artigo XVII, § 1º), assistência governamental para estabelecimento de uma indústria particular (artigo XVIII, § 20) e medidas essenciais de aquisição e distribuição de produtos em pequenas provisões (artigo XX (j)).

Por fim, vale a análise do artigo I do GATT com outros acordos internacionais ao longo deste período histórico de negociações, visto que demonstra a preocupação com a legitimidade da CNMF desde este momento. Em 1949, durante a Rodada de Annecy, discutiu-se que a redução de tarifas estabelecidas em acordos bilaterais, em razão da aplicação da CNMF poderia ser inconsistente com os compromissos assumidos nos primeiros, sendo que poderiam ser mantidas em razão das margens de preferência oferecidas pelo próprio GATT. Nesta ocasião, as partes contratantes procederam a uma votação em relação a estas “margens de preferência”, segundo a qual ficou estabelecido *inter alia* que “[...]a determinação dos direitos e obrigações entre os governos estabelecidas em acordos bilaterais não eram matéria de competência das Partes Contratantes”. Entretanto, deixou-se estabelecido que esta decisão fazia referência somente à determinação de direitos e obrigações entre as partes do acordo bilateral e surgidas em função deste. Sendo da competência das Partes Contratantes a determinação de quando um ato estabelecido em um acordo bilateral estaria ou não em conflito com o Acordo Geral.¹⁴¹

Interessante notar o tratamento oferecido à CNMF neste contexto, sendo que apesar de não ter passado por muitas modificações, foi um dispositivo adaptável às diversas

¹⁴¹ GATT, **Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice**. 6. Ed. 1994, p. 45.

situações. Atualmente, a CNMF continua em vigor na OMC, todavia é bastante criticada em razão de suas imprecisões que na maioria das vezes só são solucionadas pelas decisões de seu Órgão de Solução de Controvérsias, constituindo importante fonte de aplicação da CNMF.

2.2 Imprecisões relativas à aplicação da CNMF

A aplicação da CNMF no contexto do GATT/OMC é cercada por uma série de imprecisões. Mesmo tendo a OMC estendido a aplicabilidade da mesma a todos seus Membros e acordos, ainda existem alguns problemas na aplicação desta cláusula, estabelecida da seguinte forma no artigo I do GATT:

“[...] qualquer vantagem, benefício, privilégio ou imunidade concedida por qualquer [Membro] a qualquer produto originado em ou destinado a qualquer outro país será conferido imediatamente e automaticamente aos produtos equivalentes originados em ou destinados aos territórios de todos os outros [Membros]”.

O caráter amplo e impreciso da cláusula começa pelo fato de se utilizar o termo “qualquer”. Isto implica dizer que mesmo taxas consulares estariam incluídas, sendo que em 1948, este argumento foi defendido pelo *Chairman* das partes contratantes do GATT que considerou que “a aplicação por Cuba de uma taxa consular de cinco por cento a certos países e dois por cento a outros, era inconsistente com o artigo I”.¹⁴²

Outra imprecisão ainda relacionada com o texto legal está relacionada à definição da origem do produto, ou seja, sua nacionalidade. Este é um ponto tão dúbio que na Rodada Uruguai se concluiu um Acordo sobre Regras de Origem (ARO do inglês *Agreement on Rules of Origin*), mas que não conseguiu esclarecer os critérios utilizados para a definição da origem do produto deixando esta incumbência para os países importadores.

Os critérios tradicionalmente utilizados têm sido o da “transformação substancial” e o do “valor adicionado”. O primeiro define como origem o país exportador

¹⁴² GATT, *Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice*. 6. Ed. 1994, p. 28.

onde uma transformação substancial tenha ocorrido com o bem. Ou ainda, que tenha ocorrido neste país exportador uma transformação tal que a classificação tarifária do bem reste alterada. Já o segundo critério baseia-se no valor adicionado ao produto ou bem exportado, ou seja, a definição do país exportador originário do produto levará em conta se este foi objeto de alguma adição de valor.¹⁴³ Esta não é uma questão de cunho estritamente jurídico, existindo regras técnicas que o orientam.

Ainda em relação à aplicabilidade e mesmo efetividade de tal dispositivo, encontra-se o fato de que, conforme explicado no primeiro capítulo desta análise, quando o legislador estabeleceu este dispositivo, não levou em consideração a subjetividade do termo produto equivalente¹⁴⁴ ou *like product* (original inglês), que na linguagem técnica é conhecido como produto similar.

Classificar um produto como similar a outro é uma tarefa que parte de um trabalho interpretativo, que em geral varia muito. Isto pode servir de oportunidade para se promover discriminação de produtos, mesmo que tenham de ser verificados de acordo com suas características próprias e que estas devam ter uma carga de objetividade. Os painéis da OMC demonstram a tendência de interpretação restritiva, mas esta não é a regra.¹⁴⁵ Vale ressaltar que a melhor interpretação para o termo é entender produto similar como bens de mesma natureza e não bens idênticos, uma vez que esta expressão pode trazer muitos problemas de aplicação e interpretação da CNMF

Apesar destas diversas imprecisões que rondam a posituação da CNMF no âmbito da OMC, ela tem plena vigência e orienta o sistema de modo a evitar práticas discriminatórias. Todavia, deve ser esclarecido que sendo uma cláusula a orientar um sistema

¹⁴³ LAWSON, Michael Nunes. Do princípio da não-discriminação no comércio internacional: a cláusula de nação mais favorecida e a obrigação de tratamento nacional. **Jus Vigilantibus**, Vitória, 13 jul. 2005. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/16394>. Acesso em: 14 mar. 2006.

¹⁴⁴ A tradução de *like product* como produto similar é considerada mais técnica, sendo que neste trabalho ora falaremos em produto equivalente, ora em produto similar, sendo ambos considerados sinônimos.

¹⁴⁵ WTO. Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy. **The Fundamental WTO Principles of National Treatment, Most-Favoured-Nation Treatment and Transparency**. 14 April 1998. WT/WGTCP/W/114, § 48.

tão diversificado e por envolver membros com características econômicas, políticas e jurídicas, muitas vezes díspares, esta cláusula busca diminuir o fosso existente entre estes Estados, sendo que para isto necessita ser flexibilizada e mesmo desrespeitada em alguns casos, assunto este tratado no último capítulo em que se verificará a real ou ilusória incompatibilidade dos acordos bilaterais com esta.

CAPÍTULO 3 – A PROLIFERAÇÃO DOS ACORDOS COMERCIAIS BILATERAIS DENTRO DO SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO

Os Estados têm firmado um número crescente de acordos comerciais bilaterais, nos quais dispõem de normas bilaterais distintas das normas multilaterais para cada tema de comércio internacional, criando, portanto, exceções ao princípio da não-discriminação. A importância destes acordos suscita dúvida sobre se o sistema comercial multilateral estaria sendo erodido pela violação a uma de suas estruturas basilares.

O fenômeno da proliferação dos acordos comerciais bilaterais dentro do sistema multilateral de comércio vem sendo analisado por diversos estudiosos como um fator de enfraquecimento da CNMF, visto que, o regime de característica não-discriminatória estaria sendo cada vez mais regulado por instrumentos restritivos e contrários à lógica de não discriminar.¹⁴⁶

Todavia, considera-se o pressuposto de que o direito internacional, ao contrário do sistema doméstico, não deve ser entendido como um conjunto sistemático de regras compondo um todo harmônico. Pelo contrário, este ramo do direito, muitas vezes é considerado anárquico e guiado mais pela lógica do poder e dominação do que estritamente pelo entendimento restritivo e legal. Apesar da Convenção de Viena de 1969 dispor em seu art. 31, § 3º alínea “c” que, como regra geral de interpretação devem ser consideradas, além do contexto, quaisquer outras regras de direito internacional aplicáveis ao caso particular, transmitindo o entendimento de que as regras funcionam em uma rede interligada, o que se verifica na prática é a existência de vários conjuntos fechados, herméticos, que em pouco ou nada se comunicam.

¹⁴⁶ Esta lógica foi a base de orientação para a implantação da CNMF no sistema multilateral de comércio, segundo a qual, não se permitiria mais que os Estados fizessem favores uns aos outros, no sentido de concessões ou vantagens, devendo estender a todos os demais.

Sendo assim, o direito internacional é definido como o resultado da junção de vários conjuntos de normas jurídicas, sendo cada um possuidor de uma lógica própria, que ao longo do tempo se acumula, aumentando os antagonismos entre eles e proporcionando a criação e coexistência de entidades não-articuladas, acompanhadas por tribunais e órgãos de solução de controvérsias não-hierarquizados, refletindo o processo de mundialização tanto político, como econômico e jurídico.¹⁴⁷ O problema, neste ponto, é que o direito internacional econômico tem demonstrado mais força em relação aos outros subsistemas do direito internacional, justamente por demonstrar coerência entre suas normas integradoras e, a partir desta coerência, dar legitimidade aos seus instrumentos garantidores de efetividade.

Para esta dissertação, considerar-se-á que os subsistemas jurídicos fechados convivem de modo interdependente. Os conjuntos de tratados bilaterais comerciais se relacionam diretamente com o direito da OMC, ou seja, são partes de um todo. No entanto, estas partes não são diretamente dependentes, porque podem ser construídas de acordo com lógicas distintas e com regras jurídicas diferentes. A consideração desta forma de estruturação do sistema é um primeiro passo rumo à compreensão do modo de coexistência entre os acordos bilaterais comerciais (locais) com o princípio da não-discriminação (global). O que dá validade a esta interpretação é o princípio do *pacta sunt servanda*, utilizado como base de formação de todos os acordos tanto no plano bilateral como global, em que cada instrumento existe por si, mas sem desconsiderar a lógica e os compromissos estabelecidos no mesmo ambiente.¹⁴⁸

Da mesma forma como feito com o princípio da não-discriminação, é necessário explicar a formação dos tratados bilaterais, além de sua importância no direito internacional. Sendo assim, serão apresentados os acordos bilaterais em si, juntamente com a análise da sua proliferação e os efeitos deste fenômeno no cenário internacional que conforme

¹⁴⁷ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional econômico ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 04.

¹⁴⁸ REUTER, Paul. **Introduction au droit des traites**. 3 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 30.

verificado se baseia em relações multilaterais. Por fim, será feita uma análise em relação à possibilidade de consideração de níveis hierárquicos entre os acordos bilaterais e os princípios gerais de direito, que conforme será verificado, não se consubstancia em plenitude, confirmando-se somente no caso de princípios considerados *jus cogens*, ou seja, princípios que se tornam obrigatórios pela prática internacional, valendo mais do que os acordos bilaterais.

1 Natureza jurídica, evolução e importância dos tratados bilaterais

Os acordos bilaterais sob análise são espécies de tratados que criam obrigações jurídicas entre Estados ou entre estes e os demais sujeitos de direito internacional.¹⁴⁹ Tratados são instrumentos antigos e por excelência utilizados como processo de criação de obrigações jurídicas entre Estados.¹⁵⁰ Tais instrumentos vêm sendo utilizados como pontos de contatos entre diversos Estados e Nações desde a antiguidade, que, na busca pelo estabelecimento de relações não só comerciais, mas também políticas e até mesmo de estabelecimento de períodos de paz, se valiam de tais dispositivos legais, entendendo serem estes seguros e propiciadores da defesa de seus interesses. A importância dos tratados está na sua função maior de salvaguardar as liberdades de formação de compromissos estatais, sendo o instrumento jurídico mais utilizado nas relações internacionais.

A partir do início da década de 1990, observa-se um aumento expressivo do número de acordos bilaterais, principalmente relacionados ao comércio. Com base nos dados da OMC, mais de 265 acordos foram notificados até maio de 2003, sendo considerados como um emaranhado de dispositivos que formariam um *spaghetti bowl*. Para a avaliação dos

¹⁴⁹ Tratado é um acordo concluído entre dois ou mais sujeitos de direito internacional, expressando a vontade destes, visando a produção de efeitos no campo jurídico, sendo regido pelas regras de direito internacional. DUPUY, Pierre-Marie. **Droit international public**. 7. ed. Paris: Dalloz, 2004, p.258.

¹⁵⁰ A menção ao adjetivo internacional é desnecessária e até mesmo redundante, visto que o termo em si já implicaria no entendimento de seu caráter além-fronteira. Ou seja, todo tratado é internacional sendo incorreto utilizar a expressão tratado internacional.

efeitos desses acordos sobre o sistema multilateral de comércio deve-se levar em consideração o conteúdo dos mesmos, além dos países envolvidos. Para alguns analistas tais acordos fortaleceriam o multilateralismo, ao promoverem uma liberalização comercial mais profunda entre as partes, enquanto para outros estes acordos seriam barreiras restritivas em relação aos não participantes.

Esta é uma questão que se coloca e que será abordada sob diversos aspectos, visto que, pelo fato de a análise estar nas relações comerciais entre atores diversificados, não se deve ter uma visão restritiva, uma vez que, como uma faca de dois gumes, tais acordos podem funcionar nos dois sentidos acima mencionados.

Buscando a explicitação desta inter-relação dos acordos bilaterais com o multilateralismo e em última análise com a CNMF, o ponto de partida será mais uma vez de caráter histórico onde se buscará entender a trajetória do fenômeno convencional, para compreensão, em um segundo momento, das motivações que levam os Estados a optar pelos acordos bilaterais, mesmo possuindo a via multilateral como meio de negociação e liberalização do comércio. Vale ressaltar que, pelo fato do trabalho ter um viés jurídico, fatores econômicos e políticos serão considerados, mas em caráter de “segundo plano”, uma vez que o principal em nossa análise é o confronto dos dispositivos legais e a verificação da situação jurídica deste fenômeno.

1.1 A trajetória do fenômeno convencional

O surgimento dos tratados, assim como o fenômeno costumeiro, remonta ao período histórico de aparição das entidades estatais, que faziam uso desses instrumentos mais com finalidades bélicas, porém, ao longo dos anos, foram adaptados às novas necessidades de

efetividade e rapidez, além de ampliação de campos de aplicação em um mundo construído a partir de constantes intercomunicações entre seus atores.¹⁵¹

Os acordos bilaterais foram os primeiros instrumentos jurídicos utilizados na prática internacional, sendo inclusive considerados como a base para a formação de todo o direito dos tratados. A história demonstra que grande parte destes acordos foi estabelecida de modo solene, mas nem sempre refletia um equilíbrio de direitos e obrigações entre as duas partes que o compunham. Tais acordos estariam em contraposição às convenções multilaterais que, nos últimos anos, têm conquistado espaço no cenário internacional, em virtude da institucionalização crescente da sociedade internacional, feita através da criação de novas organizações internacionais que servem de quadro para as negociações de tais convenções como a Organização das Nações Unidas (ONU).¹⁵²

Pela via histórica, verifica-se que a maior ou menor utilização de acordos bilaterais varia em função dos interesses dos atores internacionais. Como ciclos, existem períodos em que a solidariedade prevalece em função dos interesses particulares e durante estes os Estados se concentram mais nas convenções multilaterais. Com base neste pressuposto, será analisada a evolução do trato bilateral a partir da Convenção de Viena de 1815, visto ser esta considerada como um divisor de águas ao trazer as transformações mais expressivas do fenômeno convencional, com o surgimento dos primeiros acordos coletivos.¹⁵³

A trajetória do fenômeno convencional pode ser dividida em três fases, separadas por dois momentos importantes e transformadores de todo o cenário internacional, as duas grandes guerras mundiais.

¹⁵¹ DUPUY, Pierre-Marie. **Droit international public**. 7. ed. Paris: Dalloz, 2004, p. 356.

¹⁵² Ibidem, p. 267.

¹⁵³ PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc (in memoriam). **Droit international public**. 5. ed. Paris: LGDJ, 1994, p. 163.

1.1.1 Da Convenção de Viena de 1815 à Primeira Guerra Mundial

Herdando um aspecto monárquico e centralizado na figura do chefe de Estado como representante deste na cena internacional, cabendo aos embaixadores ou ministro o papel de delegados de tal poder representativo, várias inovações foram surgindo na prática do estabelecimento de relações entre os Estados. A idéia de um acordo único, mesmo que ligando diversos atos bilaterais, surge a partir do Congresso de Viena de 1815. Até este momento, o que havia eram sempre acordos bilaterais, sendo que mesmo quando existiam vários Estados envolvidos, estes buscavam se agrupar em dois blocos para negociarem, como ocorreu na negociação dos Tratados de Vestifália.¹⁵⁴

No começo do século XIX, novas questões e interesses surgiram, modificando a visão dos Estados que passaram a vislumbrar na solidariedade o melhor caminho a seguir na busca por compromissos que regulassem de modo coletivo os problemas de interesse comum. O ato final do Congresso de Viena, de 9 de junho de 1815, é considerado o primeiro tratado coletivo, mas este não foi mais do que um instrumento geral que reuniu todos os tratados feitos durante o Congresso. Assim foi o Tratado de Paris, de 30 de março de 1856, findando a guerra de *Crimée*, que foi tecnicamente o primeiro tratado coletivo perfeito.¹⁵⁵

Desta forma, a partir da metade do século XIX, pelo nascimento de interesses comuns entre os Estados, como matérias relacionadas a correio, serviço público, comunicação fluvial e ferroviária, firmaram-se os tratados multilaterais como reguladores do comércio internacional. Vale ressaltar que interesses comuns não nascem de modo rápido, partindo de um lento processo e mesmo após o estabelecimento destes ainda persistem interesses particulares, que muitas vezes atrapalham as negociações. Neste sentido, existem as convenções multilaterais restritas que se aproximam bastante dos acordos bilaterais e são

¹⁵⁴ PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc (in memoriam). **Droit international public**. 5. ed. Paris: LGDJ, 1994, p. 164.

¹⁵⁵ Ibidem

muito criticadas, em oposição às convenções multilaterais gerais. Interessante notar ainda, que estes tratados possuem algumas particularidades em relação aos bilaterais no que concerne à sua conclusão, que variam em função de sua natureza e função: institucionalização do processo de elaboração; recurso a procedimentos especiais destinados a estender a comunidade de Estados e instituição de um órgão depositário dos acordos e responsável por administrá-los em nome das partes.¹⁵⁶

Durante esse período em que se instituíram os primeiros tratados multilaterais, não havia muitos participantes e as grandes potências possuíam um papel determinante, o que propiciava a conclusão dos mesmos por unanimidade. O desejo destas de encontrar acomodação aos seus interesses e a dominação política exercida sob os demais pequenos Estados foram fatores determinantes para a abundância de acordos multilaterais nesse período. Além disso, tais acordos passaram a ocupar um lugar importante como fonte do direito internacional, não só entre as partes contratantes, mas como fonte geral de direito, positivando os costumes das chamadas “nações civilizadas”.¹⁵⁷ Este período ainda foi marcado pelas duas Conferências de Paz de Haia, consideradas como embrião para a solução pacífica de controvérsias internacionais e muito importantes para o ramo do direito humanitário e da guerra.¹⁵⁸

1.1.2 Período entre guerras

O período de paz que se seguiu ao fim da primeira guerra mundial exerceu uma forte influência sobre o direito dos tratados. A União Pan-americana e as inúmeras conferências ocorridas antes de 1914 tiveram um importante papel neste período, todavia, a

¹⁵⁶ Reuter, Paul. **Introduction au droit des traites**. 3 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 6.

¹⁵⁷ Formalmente, tais acordos estavam diretamente relacionados a suas partes, mas possuíam a importante vocação de criar regras costumeiras com conteúdo idêntico, mas de caráter universal. Em outras palavras, o tratado concluído a partir da prática costumeira de dois parceiros, indicaria a forma que os demais deveriam agir em situações parecidas, generalizando o particular. Isto propiciou um grande progresso para o direito internacional.

¹⁵⁸ Reuter, Paul. op. cit., p. 8.

SDN foi sem dúvida, a instituição essencial para a construção da noção de organização internacional com base na qual o direito dos tratados se funda.

Com as instituições monárquicas em queda e o fortalecimento do sentimento de solidariedade entre os Estados, vários tratados surgiram de modo rápido, sendo a intervenção da SDN uma constante nos mais diversos domínios. Uma das atuações da SDN, considerada de grande importância, mas sem resultados, foi a tentativa de sistematizar uma codificação para o direito dos tratados. O Comitê desta Sociedade enviou a vários Estados uma espécie de lista de temas importantes para tal codificação como o procedimento a ser seguido nas conferências internacionais e na conclusão e redação dos tratados. Alguns Estados se mostraram de acordo, mas outros como Estados Unidos, Japão, Alemanha e Reino Unido foram hostis a tal projeto. Entretanto, não podemos considerar que tal projeto tenha sido completamente frustrado, visto que foi criada a Coletânea de tratados da SDN a partir da obrigação instituída em seu Pacto de registro de todos os tratados em sua Secretária, que os publicava em seguida.¹⁵⁹

As organizações internacionais possuem um papel importante no crescimento da adoção dos acordos multilaterais. Isto porque são responsáveis por depositar o texto do acordo, além de preparar as convenções internacionais. Esta organização pode ser formada *ad hoc* ou funcionar de modo permanente, possuindo delegações que representam os diversos Estados. Esse período foi marcante por tais organizações, uma vez que aí se deu o fenômeno de reconhecimento ou desenvolvimento da personalidade internacional de tais atores, passando a poder concluir certos acordos internacionais. Todavia, nesse primeiro momento, isto se dá de modo excepcional, sendo que os problemas e conseqüências técnicas e políticas disto aparecem alguns anos mais tarde.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Reuter, Paul. **Introduction au droit des traites**. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 10.

¹⁶⁰ Acordos concluídos por organizações internacionais antes de 1945 eram raros, sendo que para parte da doutrina, a personalidade jurídica conferida a SDN era considerada duvidosa. Para maiores detalhes ver: B.

1.1.3 Período pós 1945

Esse foi efetivamente o momento de fortalecimento das organizações internacionais. No sentido técnico, nesse período consagra-se a tais instituições um caráter explosivo e orientador de todo o direito dos tratados a partir de então. Todavia, deve-se ressaltar que durante os primeiros anos desse período, tais organizações possuíam várias limitações, visto que nesse momento apenas os Estados representados quase que exclusivamente por seus governos, constituíam tais organizações, sendo ainda possuidores dos meios para mantê-las e assumindo as responsabilidades finais de tais sociedades.

Responsáveis pela preparação de vários tratados, depositária de diversos atos multilaterais, possuidora da prerrogativa de registro e publicação de todos os tratados, parte em diversos acordos, a ONU dispunha de uma vasta experiência, realizando estudos e publicando diversos materiais, os quais exerceram uma forte influência no desenvolvimento e evolução do direito dos tratados. Isto foi comprovado pelo sucesso da segunda tentativa de codificação desse ramo do direito, realizada por tal organização, envolvendo questões relevantes como genocídio, direitos humanos e direito dos espaços. Além disso, sua Comissão de Direito Internacional estabeleceu trabalhos preparatórios que serviram de base para o nascimento de diversas convenções como a de Genebra sobre Direito do Mar, a Convenção Diplomática e consular entre outras. Tais esforços, conforme verificado culminaram com a Convenção de Viena sobre o objeto específico do Direito dos Tratados. Com o surgimento da Convenção de Viena, o direito dos tratados ganhou forma e vigor, desenvolvendo-se ou readaptando-se com o passar dos anos e em virtude das constantes transformações pelas quais o cenário internacional passa.¹⁶¹

Esta análise histórica tem o cunho de demonstrar que todos os tipos de tratados, tanto bilaterais como multilaterais, possuem vantagens e desvantagens, sendo o

KASME. *La capacite de l'ONU de conclure des traités*. Paris: LGDJ, 1960, p. 8 e SPENDER e FITZMAURICE. *Affaires du sud-ouest africain*, CIJ, Recueil, 1962, p. 475.

¹⁶¹ Reuter, Paul. *Introduction au droit des traités*. 3 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p.12 e 13.

momento histórico determinante da preferência por um ou outro. Em relação aos multilaterais, considera-se que, ao englobar vários Estados, tais acordos têm por vantagem ampliar o campo de aplicação dos mesmos, sendo teoricamente ilimitado, favorecendo a unificação e generalização do direito. Todavia, nos últimos anos, percebe-se que os conflitos em defesa de interesses particulares têm sido uma constante nas negociações bilaterais, razão pela qual, alguns Estados, mesmo participando de organizações internacionais como a OMC, acabam optando por concluir tratados bilaterais em paralelo. Este será o objeto de análise da próxima seção, deixando claro desde já o posicionamento seguido nesta análise de que a utilização maior ou menor de tal tipo de acordo funciona em razão de ciclos históricos e retomando a visão de direito internacional como formado a partir de vários conjuntos fechados que se tocariam, mas cada qual com sua lógica própria. Sendo assim, se os acordos multilaterais estão perdendo “clientela”, não se deve atribuir isto aos acordos bilaterais e sim ao próprio sistema multilateral que se mostra complexo e insuficiente, formando de certa forma uma barreira para a conclusão de acordos liberalizantes e propiciadores de desenvolvimento.

1.2 Proliferação dos acordos bilaterais

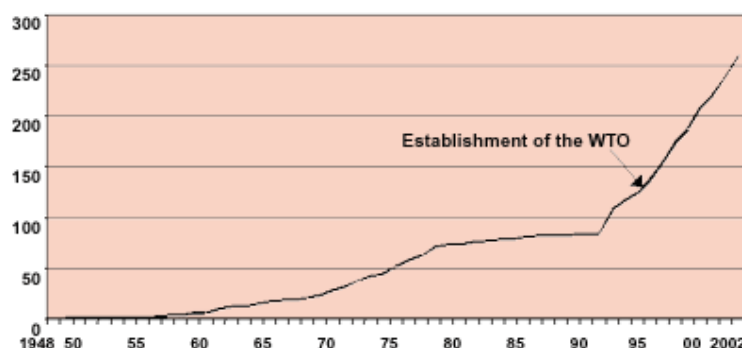
A grande maioria dos membros da OMC é parte de um ou mais acordos discriminatórios, seja regional, seja bilateral. Em julho de 2005, apenas um membro desta organização, a Mongólia, não era parte em nenhum acordo comercial regional. Conforme mencionado, o número de acordos deste tipo concluídos cresceu bastante a partir da década de 1990, sendo que em até 30 de setembro de 2005, o Comitê de Acordos Comerciais Regionais da OMC já havia sido notificado de 334 acordos deste tipo.¹⁶² Destes, 273 foram notificados com base no artigo XXIV do GATT, 22 com base na Cláusula de Habilitação e 39 com fulcro

¹⁶² Os membros da OMC devem notificar os acordos de comércio regional (ACR) dos quais participam. Alguns membros fazem parte em mais de 20 acordos. Notificações ainda podem se referir a adesão de novas partes em acordos pré-existent. Para maiores informações sobre o processo de notificação ver: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/region_s.htm

no artigo V do Acordo de Serviços (GATS) da OMC. Dos acordos notificados, 183 estão atualmente em vigor, sendo 130 referentes ao artigo XXIV do GATT, 22 a Cláusula de Habilitação e 31 ao artigo V do GATS. No período de vigência do GATT 1947, que vai de 1948 a 1994, o GATT havia recebido 124 notificações de acordos de comércio regional relacionados ao comércio de bens, sendo que desde a criação da OMC, em 1995, mais 130 novos arranjos cobrindo tanto o comércio de bens como de serviços já foram notificados.¹⁶³

A seguir são apresentados um gráfico, que demonstra a evolução de tais acordos no mundo e um quadro, que demonstra os acordos regionais notificados à OMC.¹⁶⁴

Gráfico: Evolução dos acordos regionais no mundo



Fonte: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/regfac_s.htm

Tabela: Notificações de Acordos Comerciais Regionais em vigor para a GATT/OMC (até março de 2006)

	Adesão	Novos ACRs	Total
GATT Art. XXIV (Acordo de livre comércio)	4	120	124
GATT Art. XXIV (União Aduaneira)	5	6	11
Cláusula de Habilitação	1	21	22
GATS Art. V	2	34	36
Total	12	181	193

Fonte: http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/summary_e.xls

¹⁶³ WORLD TRADE ORGANIZATION. <www.wto.org>

¹⁶⁴ O anexo I apresenta uma lista completa de todos os acordos notificados à organização até março de 2006.

Estes dados confirmam a proliferação dos acordos discriminatórios, entre os quais os acordos bilaterais. Percebe-se que a maioria dos acordos bilaterais é estabelecida entre nações desenvolvidas e países em desenvolvimento, sendo que a proliferação da utilização de tais instrumentos foi acompanhada por uma evolução no estilo do próprio acordo. Em outras palavras, a proliferação dos acordos bilaterais se deu no mesmo contexto de algumas modificações em sua roupagem. Isto porque tendo por essência a criação de condições que levem à expansão do comércio entre seus Estados signatários, os acordos comerciais são instrumentos flexíveis em relação a sua utilização, que deve estar relacionada com os propósitos perseguidos pelo mesmo assim como pelas partes que o compõem.

Esta flexibilização no estilo dos acordos pode ser verificada até mesmo em relação ao GATT. Tendo sido estabelecido em 1948 como um acordo multilateral aberto constituído por 23 Estados-parte¹⁶⁵, o GATT funcionava a partir de etapas de negociação amplas e longas, envolvendo suas partes em arranjos bilaterais relacionando produtos e tratamentos tarifários recíprocos, inicialmente restrito aos países ou grupos de países que os negociavam, mas a seguir estendido às demais partes pela CNMF. De acordo com este sistema, ao fim de cada rodada de negociação, o modelo multilateral estaria estabelecido. Isto mudou com a Rodada Tóquio, onde o multilateralismo foi imposto inclusive no momento das negociações.

Desde o GATT, o legislador já havia previsto as exceções à CNMF, sendo que tais exceções eram tantas que praticamente todos os Estados conseguiam enquadrar sua restrição comercial em uma delas. Com o surgimento da OMC em 1995, uma maior regulamentação das trocas comerciais foi operada, mas os acordos bilaterais continuaram a ser assinados, até mesmo de forma mais corrente do que antes.

¹⁶⁵ O GATT 1947 possuía natureza jurídica de acordo internacional, não se constituindo em uma organização internacional em si. Por esta razão não se fala em membro ou Estado-membro e sim em parte ou Estado-parte.

Conforme demonstrado, historicamente os acordos bilaterais de comércio possuíam como objetivo básico o aumento do intercâmbio entre países que enfrentavam problemas em suas balanças de pagamento, buscando equilíbrio nas suas transações por meio de tais acordos, ou entre países que mediante a troca inseriam produtos em sua pauta de exportação ou ainda para dialogar com empresas estatais.

Os acordos bilaterais estabelecidos durante o período de vigência do GATT, praticamente não confrontavam as regras deste acordo, pois se davam em momentos de dificuldade na economia mundial, como a Guerra da Coréia, no início dos anos 50 e a Crise do Petróleo na década de 1970, em que a maioria dos Estados-parte do GATT recorriam aos arranjos bilaterais como exceções previstas pelo próprio sistema.

Os acordos bilaterais podem ser de dois tipos: de troca e de lista. Os acordos bilaterais de troca têm como função o simples intercâmbio entre mercadorias escolhidas no estabelecimento do acordo, ao passo que os de lista estabelecem um valor para as trocas realizadas entre dois Estados durante um certo período, sendo cada um responsável por listar os produtos que pretende importar. Tais acordos de lista podem ainda ser considerados como acordos de créditos recíprocos, visto que as importações são registradas no acordo, mas não são pagas em moeda conversível, sendo compensadas pelo fluxo de mercadorias que exporta ao parceiro.¹⁶⁶

Ao longo dos anos alguns dos modelos de acordos bilaterais foram perdendo a relevância, uma vez que o fluxo de matérias-primas e componentes industriais foi diminuindo, paralelamente ao crescimento das especificidades dos produtos e da aquisição de tecnologia em nível variado, o antigo sistema de trocas tornou-se ultrapassado.

Atualmente, o Estado mais atuante no estabelecimento de acordos bilaterais tem sido os Estados Unidos, principalmente em relações a países menos desenvolvidos. No

¹⁶⁶ MUNHOZ, Dércio Garcia. **A nova roupagem do bilateralismo comercial**. Disponível em: <http://www.corecondf.org.br/publicacoes.asp?tip_publicacao=R> Acesso em: 26 mai. 06.

âmbito dos países da América Latina, esse país fez reviver o uso de práticas bilaterais através da possibilidade de estabelecimento da ALCA (Área de Livre Comércio das Américas). Todavia, os acordos bilaterais utilizados no contexto atual são distintos dos modelos de acordo de troca ou lista antes utilizados. Isto porque enquanto os antigos acordos bilaterais buscavam ampliar as trocas comerciais entre os Estados em relação a produtos específicos, os novos acordos bilaterais, que muitas vezes são concluídos como acordos multilaterais restritos (processos de integração), buscam a defesa de interesses, principalmente dos Estados mais fortes, nem sempre relacionados com a pura expansão comercial.

No caso dos Estados Unidos com o projeto ALCA, percebe-se o intuito deste Estado de valer-se da bilateralização, negociando em separado com os diversos países que formam a América Latina¹⁶⁷. Tal atitude configura-se como uma tentativa de fragmentar a frente latino-americana contrária à integração das Américas por entender que esta seria uma integração sem salvaguardas adequadas à realidade de países com estruturas produtivas e níveis de desenvolvimento tão diferentes. Uma das soluções apontadas pelos anti-ALCA é o fortalecimento dos blocos de integração já existentes no Cone Sul como o Mercosul, criando-se frentes de investimento que induzam as economias dos Estados que o constituem.¹⁶⁸

Esta postura “pragmática” dos Estados Unidos parece um contra-senso diante do pressuposto de que esta é uma das nação que mais apóia o liberalismo. Todavia, ela vem confirmar o argumento de que a roupagem dos acordos bilaterais mudou bastante ao longo dos últimos anos não sendo mais aceitável como suficiente o argumento de que tais acordos teriam como fulcro justificador a expansão pura e simples do comércio entre os Estados que os assinam.

¹⁶⁷ Tais acordos estariam relacionados com temas como livre comércio, acesso ao mercado de compras governamentais, desregulamentação de investimentos estrangeiros entre outros.

¹⁶⁸ JAKOBSEN, Kjeld. Ao Menos Seis Boas Razões para Rejeitar a Alca. In: **Indicadores Econômicos FEE**. Porto Alegre/Fundação de Economia e Estatística, Vol. 29, no. 3, novembro de 2001, p. 147-68.

Verificada a proliferação dos acordos bilaterais, assim como a evolução da intenção do uso deles, vale ser analisado o impacto de tal fenômeno para o sistema econômico internacional, principalmente no que se relaciona ao caráter multilateral do mesmo.

1.3 Impacto da proliferação dos acordos bilaterais sobre o multilateralismo

Os acordos bilaterais têm ganhado espaço no cenário internacional. Muitas especulações e justificativas têm sido dadas diante deste novo contexto. No caso específico da OMC, uma das razões que se tem apresentado para o estabelecimento de novos acordos bilaterais em paralelo tem sido o conflito de interesse entre seus Membros e a dificuldade que causam durante o momento de negociação dos acordos multilaterais. Argumenta-se que isto levaria os Estados a optarem pela defesa de seus interesses com base em acordos bilaterais mais rápidos e proveitosos do que as eternas rodadas de negociação da OMC.

Para alguns analistas, este processo de retorno ao modelo bilateral¹⁶⁹ é considerado grave no sentido do risco de quebra da coalizão e solidariedade entre os Membros da OMC, que poderiam passar a utilizar os acordos comerciais bilaterais como instrumento de benefício a grupos de pressão, prejudicando os Estados menos desenvolvidos. Além disso, a proliferação de tais acordos poderia chegar a uma situação caótica, visto que a diferenciação tarifária nos diversos textos legais a produtos similares, pode levar o sistema a uma confusão geral.¹⁷⁰

Para a ONU, a proliferação dos acordos bilaterais, principalmente os que envolvem nações ricas e pobres não é um fator positivo no cenário internacional, pelo fato de enfraquecerem a posição dos países em desenvolvimento no momento de negociação dos

¹⁶⁹ Também chamado de *spill-back*.

¹⁷⁰ Informações disponíveis em: <www.ccibc.com.br/pg_dinamica/bin/pg_dinamica.php?id_pag=517> Acesso em: 14 mai. 06.

acordos multilaterais, visto que as nações desenvolvidas passam a dispor do poder de barganha que lhes possibilita impor uma agenda de comércio de seu interesse.

Além disso, existe a discussão a respeito do favorecimento de tais acordos bilaterais para a formação de blocos regionais. Segundo o entendimento do secretário-geral da CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina e Caribe), José Luis Machinea, “os acordos bilaterais podem ajudar alguns países no acesso aos mercados dos EUA, mas para a região, em seu conjunto, a multiplicação de acordos bilaterais não é o melhor a acontecer”. Para Machinea, o acordo bilateral pode favorecer o comércio a curto prazo, mas a longo prazo pode apresentar consequências prejudiciais aos países em desenvolvimento, permitindo que o chamado “mundo desenvolvido” imponha suas condições, ou seja, a regra do jogo. Já para o secretário-geral da UNCTAD, Rubens Ricupero, tais acordos bilaterais poderiam criar barreiras aos países em desenvolvimento. Isto porque segundo a análise deste, alguns acordos podem abrir precedentes que forçariam outros países a concluir acordos semelhantes.¹⁷¹

Ainda segundo a opinião destes representantes das nações em desenvolvimento, os acordos bilaterais podem aumentar o comércio e o acesso a mercados considerando-se os países individualmente, todavia, na concepção de bloco como o Mercosul, o melhor seria um acordo hemisférico, como por exemplo, entre o Mercosul e a Comunidade Andina. Isto poderia significar ganhos para toda a região conferindo maior força de barganha nas negociações multilaterais e com outros blocos como a União Européia e Nafta (EUA, México e Canadá).

Percebemos que a contrariedade destes analistas em relação à utilização dos acordos bilaterais não está relacionada somente a um prejuízo nas negociações multilaterais e sim ao enfraquecimento que estes poderiam causar às relações comerciais, sobretudo, entre os países vizinhos da região. Desta forma, mais uma vez o que prevalece é um jogo de interesses

¹⁷¹ Tais considerações foram apresentadas durante a 11ª Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) realizada em junho de 2004 em São Paulo. Maiores informações: <<http://www.unctad.org/Templates/meeting.asp?intItemID=1942&lang=1&m=4289>>

em que cada qual busca a defesa de seu próprio conjunto. Favorecer as relações multilaterais é importante para estas organizações representadas pelos países em desenvolvimento, mas percebe-se de modo implícito que em primeiro lugar está o fortalecimento da região para em seguida poderem partir para negociações mais amplas. Esta seria uma alternativa aos países em desenvolvimento diante do baixo poder de influência que apresentam e não o estabelecimento de acordos bilaterais que podem significar oportunidades no presente e limitações no futuro.

A utilização de acordos bilaterais tem crescido ainda como forma de proteção de direitos como os relacionados à propriedade intelectual. A Convenção de Paris de 1883, para a proteção da propriedade industrial, e a Convenção de Berna de 1886, para a proteção dos trabalhos literários e artísticos, oferecem aos criadores a oportunidade de protegerem seus trabalhos em países diferentes de onde foram criados ou protegidos. Todavia, subsistem diversos regimes bilaterais fundamentados na reciprocidade, sob os quais o trabalho deve ser protegido em A, onde o inventor reside, e em B que é parceiro de A, mas não em C que não participa do acordo.¹⁷² Já no caso do setor de investimento, argumenta-se que os acordos bilaterais poderiam preparar o caminho para as negociações multilaterais.¹⁷³

Independente do setor ou da justificativa apresentada pelos parceiros de acordos bilaterais, a grande questão que se coloca é a de que estes efetivamente estão sendo cada vez mais utilizados em paralelo com as negociações multilaterais da OMC. Isto foi motivo de debate e preocupação, sendo abordado em relatório apresentado por esta instituição em 2004.¹⁷⁴

¹⁷² LOWENFELD. **A International Economic Law**, Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 98.

¹⁷³ CHOUDRY, Aziz. Investment: bilaterals paving the way for multilateral agreement. In: **South Bulletin** – 61, 15 July 2003, p. 12-14.

¹⁷⁴ SUTHERLAND, Peter (Chairman) et al. **The future of the WTO**. Addressing institutional challenges in the new millennium. Report by the Consultative Board to the Director-General Supachai Panitchpakdi. World Trade Organization, 2004.

A problemática da proliferação dos acordos bilaterais foi discutida neste relatório como sendo um risco ao princípio da não-discriminação, falando-se em erosão do mesmo. Isto porque, na visão destes analistas¹⁷⁵, transcorridas cinco décadas desde a fundação do GATT, a CNMF não é mais regra e sim quase exceção. Muitas trocas comerciais ainda têm por base a CNMF, no entanto, o fenômeno conhecido como *spaghetti bowl* de uniões aduaneiras, mercados comuns, áreas regionais ou bilaterais de comércio, preferências e todo emaranhado de tratos comerciais está quase conferindo a CNMF um *status* de tratamento excepcional. Isto é entendido como um problema para o futuro da organização, mas já se tornou uma rede tão difusa e complexa que já se admite certa dificuldade em desfazê-la.

Com base nesta problemática é que foi elaborado o relatório diante dos membros da OMC, visando suportar o multilateralismo como padrão para a economia internacional, transmitindo aos Membros a necessidade de estabelecerem relações de cooperação entre eles, capazes de possibilitar aos seus governantes um engajamento construtivo e propiciador de negociações eficientes em Genebra.

Diante da situação real de crescimento da rede paralela de acordos e uniões mais restritas do que a prática multilateral defendida no seio da OMC, será feita, enfim, a análise da convivência entre tais acordos bilaterais e o princípio da não-discriminação consubstanciado na CNMF. Começando pela abordagem de uma suposta hierarquia no sistema jurídico internacional, buscaremos apresentar uma realidade que foge do absolutismo de uma primeira visão, por demonstrar que tais instrumentos podem conviver, e efetivamente convivem, não de forma constantemente contrária, visto que segundo a lógica do desenvolvimento como ampliação de oportunidades, podemos inclusive dizer que, unidos, os acordos bilaterais e a CNMF representam o melhor caminho para o alcance das metas econômicas e sociais globais.

¹⁷⁵ Participaram da elaboração do relatório: Peter SUTHERLAND, Jagdish BHAGWATI, Kwesi BOTCHWEY, Niall FITZGERALD, Koichi HAMADA, John H. JACKSON, Celso LAFER, Thierry de MONTBRIAL.

2 Conflito e hierarquia entre fontes no direito internacional público

A sistemática jurídica internacional em muito se afasta da lógica hierárquica seguida pelos Estados em seus ordenamentos internos. Este é um assunto abordado em vários pontos do trabalho, mas que merece ser retomado, uma vez que servirá para a verificação da existência de uma hierarquia entre os acordos bilaterais e a CNMF.

Em caso afirmativo, ou seja, se efetivamente existisse esta hierarquia, a solução para o conflito outrora apresentado seria simples: sendo a obrigação da nação mais favorecida derivada de um princípio maior que o acordo bilateral, dar-se-ia fim aos tratados bilaterais discriminatórios. Todavia, o que se verifica na prática é que tal hierarquia não existe em relação ao princípio da não-discriminação e os acordos bilaterais. Além disso, o critério de maior número de participantes e interesses em jogo desembocando na primazia aos acordos multilaterais também não é suficiente para se chegar à conclusão de que o Acordo da OMC e a CNMF valeriam mais do que os acordos bilaterais. Resta aos aplicadores do direito uma combinação nem sempre perfeita entre os princípios gerais de direito do especial revogando o geral (*specialia generalibus derogant*) e do posterior revogando o anterior (*lex posterior priori derogat*).¹⁷⁶

O conflito de instrumentos e dispositivos legais é inevitável quando se trata da coexistência de regras gerais como os princípios e as cláusulas estabelecidas a partir destes, com normas especiais como os acordos bilaterais. O Órgão de Apelação da OMC definiu o termo “conflito” no caso “Guatemala – Investigação Anti-Dumping relativa ao Cimento Portland do México”.¹⁷⁷ Segundo este, existe um conflito quando a observância de um

¹⁷⁶ A aplicação de tais princípios não se opera de modo automático e perfeito, uma vez que à uma norma geral pode ser reconhecida primariedade em relação a uma regra particular e vice-versa. “ Cette distinction entre règles générales (ou universelles) d’une part et règles bilatérales ou régionales d’autre part n’entraîne pas, par elle-même, de conséquence particulière en ce qui concerne la hiérarchie des unes et des autres: il peut se faire qu’une norme générale se voie reconnaître une primauté par rapport à une règle particulière, mais l’inverse peut également se produire. » PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc (in memorium). **Droit international public**. 5. ed. Paris: LGDJ, 1994, p. 40.

¹⁷⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Guatemala – Investigação Anti-Dumping relativa ao Cimento Portland do México I”, WT/DS60/AB/R, 25 nov. 1998, § 65.

dispositivo conduz à violação de outro. Desta forma, reserva ao intérprete a função de identificar tal incompatibilidade ou diferença entre os dispositivos examinados e só então determinar com base nos dados fáticos e jurídicos relacionados qual dos dispositivos prevalecerá, ultrapassando uma consideração simplista de hierarquização.

Sendo assim, uma vez que dentro do sistema OMC, diante de um conflito de preceitos, reserva-se ao aplicador a função de estabelecimento de qual dispositivo deve prevalecer de acordo com cada caso, demonstrando não haver um tratamento hierárquico e sim uma flexibilidade prática, resta saber como os princípios gerais do direito são vistos na ótica do direito internacional e relacioná-los principalmente aos tratados. Esta análise está diretamente relacionada com a função do aplicador das normas dentro da OMC, visto que a lógica do direito internacional geral deve ser observada também por este, que apesar de possuir competência para julgar qual dispositivo deve prevalecer, ao mesmo tempo tem que justificar seu posicionamento e para isso fará uso da teoria do direito internacional público.

2.1 Hierarquia de fontes no direito internacional público

O princípio adotado em direito internacional público é o de que não existe hierarquia entre fontes, mesmo tendo o artigo 38 da CIJ deixado claro que a jurisprudência e a doutrina são secundárias, até porque se submetem a uma avaliação restritiva prévia do artigo 56. Da mesma forma, fontes interestatais não são superiores às provenientes de organismos internacionais por possuírem a mesma natureza de costume ou convenção. Todas as fontes são necessárias, visto que a sociedade internacional é descentralizada.¹⁷⁸

Em relação às fontes em razão das quais as normas ganham existência, parte-se do pressuposto de que também não são hierarquizadas, com ressalva ao *jus cogens* em relação a normas convencionais ou costumeiras. A Convenção de Viena atribui a algumas

¹⁷⁸ PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc (in memoriam). **Droit international public**. 5. ed. Paris: LGDJ, 1994, p. 114.

normas um caráter imperativo e hierarquicamente superior. Mas em relação a normas gerais, uma suposta hierarquia pode se dar em virtude de outros critérios, conforme considerado, como tempo e especificidade, mas não em razão de suas fontes formadoras.¹⁷⁹

A hierarquização de fontes e instrumentos está diretamente ligada à questão do conflito entre estas. Sendo assim, importante considerarmos duas possibilidades de conflito que nos auxiliarão em nossa análise: tratado em relação a tratado; e tratado em relação a princípio geral de direito.

Em relação a uma situação indicando um conflito entre dois tratados, as normas estabelecidas na Convenção de Viena de 1969 são relativamente claras, tendo o legislador tratado da grande parte das situações envolvendo o tema.¹⁸⁰ O mais relevante neste momento é a verificação da situação em que um tratado está em conflito com um princípio geral de direito, sendo o ponto nevrálgico de todo nosso trabalho. Deve-se ressaltar que o conflito dos acordos bilaterais em relação a CNMF, está diretamente ligado ao conflito dos primeiros com os acordos multilaterais da OMC que colocam a CNMF em plena aplicação. Todavia, o objetivo da análise não é o trato desta oposição entre o bi com o multilateralismo, reservando-se isto à disciplina do direito dos tratados.

2.2 A categorização dos princípios gerais de direito

Sendo assim, analisando o conflito entre um tratado e um princípio geral do direito, deve ser fixado de modo preliminar o *status* dos princípios gerais de direito como fonte de direito internacional distinta das demais, apesar de parte da doutrina, principalmente

¹⁷⁹ Ibidem, p. 116.

¹⁸⁰ Resultado de anos de trabalho de codificação dos direitos dos tratados, a Convenção de Viena de 1969 é considerada como “o tratado dos tratados” pelo fato de ser o principal guia das práticas estatais em relação a conclusão de tratados e uma real codificação do direito costumeiro existente quando da sua formação. Tal Convenção é bastante elogiada por conseguir harmonizar o formalismo de uma codificação pura e simples de costumes preexistentes e ao mesmo tempo abranger o desenvolvimento progressivo destes. A Convenção de Viena é a principal fonte no estudo do direito dos tratados e em seu corpo encontram-se a quase totalidade de elementos a serem considerados no momento de estabelecimento de tratados no plano internacional. Ibidem, p. 243.

e soviética, não aceitar este posicionamento. Entretanto, existe um ponto que é consensual e constitui peça fundamental para a análise ora proposta, qual seja o de que os princípios gerais de direito são fontes genuínas do direito internacional e como tal, podem estar em conflito com outras normas.¹⁸¹

Os princípios gerais do direito foram abordados no primeiro capítulo, onde se apresentaram desde seu histórico de formação até a aplicação dos mesmos no contexto atual. Todavia, para a análise da hierarquia entre o princípio da não-discriminação, base da CNMF, e os acordos bilaterais, é proposta a divisão dos princípios gerais de direito em quatro categorias, sendo uma forma didática de compreensão dos mesmos, além de útil em nosso estudo.

Sendo assim, quatro tipos de princípios gerais de direito podem ser detectados da análise das decisões judiciais que fazem uso dos mesmos e da doutrina. Entretanto, deve ser esclarecido que tal classificação não tem o intuito de ser absoluta, no sentido de posicionar os princípios em caixas fechadas.

A primeira categoria é a dos ‘meta-princípios’ ou ‘princípios necessários’, sendo composta pelas regras de direito que têm validade inerente e necessária, sem a qual o sistema de regras como um todo não poderia se manter e nem mesmo vir a existir. Um dos mais citados exemplos seria do *pacta sunt servanda*.

A segunda categoria de princípios é a dos princípios legais derivados do direito interno, chamado de princípios *in foro domestico*, os quais são transpostos para o direito internacional. Em geral estão relacionados a regras de conduta processual, como jurisdição, estabelecimento de provas.

¹⁸¹ A consideração dos princípios gerais de direito como fonte genuína do direito internacional é fundamental, visto que se assim não fosse não teria como se analisar o conflito entre normas. PAUWELYN, Joost. **Conflict of norms in public international law: how WTO law relates to other rules of international law**. Cambridge : Cambridge University Press , 2003, p. 125.

A terceira categoria é a que abrange os princípios de direito internacional, produzidos de modo indutivo a partir de outras normas positivas do direito internacional. Exemplo desta categoria é o direito dos Estados de existência e preservação, de independência e soberania e o princípio da igualdade entre Estados.

Por fim, existe a quarta categoria que apresenta os princípios de lógica legal, constituindo-se como instrumentos que imputam conseqüências lógicas a partir da utilização da lógica legal. Formam o esqueleto técnico das normas. Exemplos de princípios desta última categoria são: *lex specialis derogat legi generali*, *lex posteriori derogat legi priori* e *expressio unius est exclusio alterius*. Os chamados princípios de equidade invocados pela CIJ nas práticas de delimitação marítima são colocados nesta última categoria, sendo que no caso *Continental Shelf* (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), esta corte confirmou que o conceito legal de equidade é um princípio geral diretamente aplicado ao direito.¹⁸² Ainda como elementos desta última categoria podem ser incluídos os princípios utilizados para interpretação das demais fontes, conferindo conselhos lógicos que são considerados juntamente com o aspecto absoluto da norma legal.¹⁸³

Compreendidas estas quatro categorias de princípios gerais de direito, podem ser estabelecidas considerações a respeito do papel de cada uma delas no sistema legal internacional.

2.3 Papel dos princípios no direito internacional público

Começando pelos chamados princípios necessários, pode ser auferido de um ponto de vista institucional que eles possuem um valor maior que todas as demais normas de

¹⁸² CIJ Reports 1982, 60, § 71.

¹⁸³ Esta classificação dos princípios é apresentada por PAUWELYN, Joost. **Conflict of norms in public international law: how WTO law relates to other rules of international law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 124 a 126.

direito internacional, uma vez que na sua ausência outras normas nem sequer existem.¹⁸⁴ Assim, considera-se que muitos destes princípios podem ser vistos como normas partícipes do *jus cogens*. As normas do *jus cogens* são colocadas acima de qualquer outra, sendo tal posicionamento confirmado e positivado pela Convenção de Viena.

Todavia, de acordo com um ponto de vista operacional, a hierarquia que pode existir entre os princípios e as demais normas de direito internacional é ao reverso. Isto quer dizer que, a menos que o princípio seja considerado parte do *jus cogens*, diante de um conflito entre um tratado ou costume e um princípio geral do direito, o tratado ou costume irão prevalecer. Neste sentido operacional, os princípios ocupam um lugar secundário, aplicado para todas as classes de princípio, inclusive os necessários, a menos que seja considerado como parte do *jus cogens*.

Ainda de acordo com esta perspectiva de princípios entendidos como regras secundárias, existe o argumento que, pelo fato de não ser criado em virtude de uma situação concreta, o princípio é mais amplo do que os tratados e costumes, sendo considerado *lex generalis*, ao passo que os tratados e costumes *lex specialis*. Partindo deste pressuposto, o conflito pode ser resolvido pelo recurso ao direito dos tratados, considerando-se que a regra especial deve ser aplicada em detrimento da geral, a menos que se trate de um princípio de *jus cogens*. Entretanto, vale ressaltar que, do ponto de vista prático, é bastante complicado imaginar um grupo de Estados que decidissem estabelecer um tratado que, por exemplo, não aplicasse o princípio da boa-fé.

Apesar deste entendimento de que os princípios ficam em um segundo plano em relação aos tratados e costumes mais específicos, deve ser considerado que conforme mencionado no capítulo primeiro, mesmo tendo reservado para si um papel de suprir falhar

¹⁸⁴ “From the juridical point of view, the superior value of general principles of law over customs and treaties cannot be denied; for these principles furnish the juridical basis of treaties and customs and govern their interpretation and application.” CHENG, B. **General principles of law as applied by international courts and tribunals**. London: Stevens, 1953, p. 393.

deixadas pelas demais fontes, o que demonstra que são fontes distintas das demais, os princípios cada vez mais têm ganhado importância, principalmente no âmbito das organizações internacionais. Os princípios podem significar uma possibilidade muito bem-vinda de crescimento das normas internacionais, uma vez que estende o conceito das fontes de direito internacional, além do limite do positivamente acordado.¹⁸⁵

Desde o período da Guerra Fria, os princípios perderam um pouco da importância que representam para o direito internacional, em razão das diversas ideologias surgidas desde então e em função do crescimento da importância do consentimento individual dos Estados no direito internacional. Todavia, a prática demonstra que o período pós-guerra representou um momento de bastante fortalecimento para os princípios gerais de direito, principalmente no âmbito internacional. Isto porque tais princípios se fortaleceram juntamente com as organizações internacionais, moldando-as, como ocorreu com a OMC. Neste sentido, os princípios internacionais têm um duplo papel de unir as normas das organizações internacionais e o direito internacional público em si, além de instrumento de caráter judicial com o qual a organização constrói suas normas em uma dinâmica que considera os problemas atuais.¹⁸⁶

Em suma, verifica-se que não existe uma hierarquia entre princípios gerais de direitos e demais normas, a menos que se trate de princípios parte do *jus cogens*. Entretanto, a doutrina não é unânime em relação a isto, tendo em vista, que ainda há estudiosos que consideram os princípios secundários e como tal, estão abaixo das demais normas de direito internacional.

¹⁸⁵ BOS, Maarten. **The recognized manifestations of international law**, 1977, 20 GYIL 9, p. 42.

¹⁸⁶ Em relação aos princípios gerais de direito mencionados no artigo 38 do Estatuto da CIJ: “an authoritative recognition of a dynamic element in international law, and of the creative function of the courts which may administer it.” BRIERLY, J. L. **The law of nations**. Oxford: Clarendon, 1998, p. 63.; PAUWELYN, Joost. **Conflict of norms in public international law: how WTO law relates to other rules of international law**. Cambridge : Cambridge University Press, 2003, p. 130 e 131.

O posicionamento adotado neste estudo é o de que não existe tal hierarquia, até porque o regime jurídico internacional não é sistematizado a ponto de permitir tal modulação. Em sendo assim, importa a análise de até que ponto os acordos bilaterais estão em desacordo com o princípio da não-discriminação e a própria CNMF, uma vez que, caso se considere um real conflito entre ambos, o tratamento será desenvolvido a partir do direito dos tratados, que solve a questão, não pela consideração de princípios como inferiores, mas pelo próprio procedimento a ser adotado no caso de normas de mesmo valor.

Partindo do entendimento de que princípios e tratados estão em um mesmo patamar, ambos convivendo em um contexto dinâmico de interesses e fatores que vão além da legalidade, será proposta a análise de três situações que demonstram que os acordos bilaterais não estão em desacordo com a CNMF, sendo justificados pelas derrogações que o próprio sistema admite, ou estando fora dos temas abrangidos ou ainda sendo compostos por pressões que acabam por encontrar brechas por onde se encaixam.

CAPÍTULO 4 – FLEXIBILIZAÇÃO E ADAPTAÇÃO DA CNMF AO FENÔMENO DA PROLIFERAÇÃO DOS ACORDOS COMERCIAIS BILATERAIS

Os tratados bilaterais de comércio têm, portanto, a mesma função da CNMF, qual seja, contribuir para o desenvolvimento do comércio global. Diante do inevitável fenômeno de proliferação dos acordos comerciais bilaterais e reconhecimento de que tais instrumentos podem e efetivamente contribuem para o desenvolvimento do comércio entre as nações, para dar lógica ao sistema internacional econômico como um todo, torna-se obrigatório encontrar elementos de coerência para a coexistência entre a CNMF e os tratados bilaterais, o que é feito a partir de flexibilizações de sua aplicação.

A análise do papel dos princípios no plano internacional, juntamente com a compreensão do histórico e elementos de incentivo a proliferação dos acordos bilaterais abordados nos capítulos anteriores serão fundamentais para o estudo que se implementará neste último capítulo, uma vez que tratará da análise do conflito entre a CNMF e tais acordos discriminatórios. Vale ressaltar que a hipótese defendida neste capítulo será a de que os acordos bilaterais discriminatórios possuem validade, vigência e eficácia, de acordo com a própria lógica da OMC por se encaixarem em uma das exceções previstas pelo sistema em razão do tema ou das partes, ou por resultarem de pressões e defesa de posicionamentos em temas específicos, como, por exemplo, no caso dos investimentos internacionais.

Sendo assim, este capítulo buscará demonstrar que existe um conflito aparente de normas do ponto de vista técnico-jurídico. Paralelo a isto, elementos de barganha e poder de influência serão pouco considerados por ultrapassarem a esfera jurídica, mas não podem ser ignorados tendo em vista que parte da análise tratará de acordos baseados em pressões de ordem econômica e política que apesar de juridicamente ilegítimos, acabam sendo aceitos por outras razões.

Antes de dar prosseguimento à análise de três situações em que os acordos bilaterais estão em harmonia com o sistema multilateral de comércio, ou seja, enquadrados em alguma das exceções ou impostos por fatores que ultrapassam o aspecto jurídico-legal, mas que nem por isso perdem sua legitimidade, serão abordadas as exceções admitidas pelo sistema da OMC. Tais exceções constituem a base de formação, manutenção e legitimação dos acordos bilaterais, sendo que a cada dia ganham mais espaço na condução das trocas comerciais internacionais.

1 Exceções admitidas pelo sistema jurídico da OMC

Exceções à CNMF não se constituem em fenômeno recente. Durante a crise econômica do pós Primeira Guerra, nos anos de 1930, já existia demanda por isso, uma vez que os Estados agrícolas afetados demandavam um tratamento preferencial condicional, limitado e temporário. Condicional porque devia ser verificada a necessidade do mesmo; limitado aos membros em dificuldade; e que durasse até o fim da crise econômica. Esta derrogação feita à cláusula era analisada pelos parceiros comerciais e com seu consentimento ela passava a ser juridicamente aceitável.¹⁸⁷ Vale ressaltar que, se por um lado, esta derrogação se apresentava como vantagem ao comércio internacional da época, uma vez que auxiliava a estabilidade de preços com a recuperação dos países agrícolas destruídos pela guerra, por outro era vista como uma forma de conservar o mercado, refletindo a tendência protecionista do período.

Em Conferência da SDN de novembro de 1930, o sistema preferencial foi admitido, mas subordinado a algumas condições como: limitação ao expressamente acordado; consentimento dos titulares da cláusula; e não ser objeto de políticas protecionistas. O

¹⁸⁷ Interessante notar a importância do consentimento dos titulares da CNMF para que uma exceção a esta fosse feita. Caso este consentimento não fosse alcançado, os países prejudicados pela guerra teriam que se erguer com base nas práticas correntes do mercantilista do período, o que seria muito mais difícil.

entendimento de que a cura da crise econômica européia implicava o retorno da estabilidade aos demais parceiros fez com que os 24 Estados concordassem com o tratamento preferencial em janeiro de 1931 em Assembléia da SDN.¹⁸⁸

No caso da OMC, a adoção da CNMF pelos Membros representa vantagens no plano teórico de que todos passariam a usufruir uma liberalização comercial com bases igualitárias. Entretanto, sabemos que na prática, a realidade do comércio internacional é de que cada Estado possui suas próprias características que influem diretamente em seu desenvolvimento e atuação no comércio internacional. As trocas realizadas nem sempre são paritárias, visto que enquanto um Estado possui vantagem na produção agrícola, o outro detém a tecnologia para fabricação de bens manufaturados. Estas diferenças são inerentes ao próprio sistema e caso não fossem consideradas, os países menos desenvolvidos acabariam à margem, tendo em vista que sua produção e seu mercado consumidor não são tão representativos em relação às grandes potências.¹⁸⁹

Sendo assim, percebemos que a igualdade formal buscada pela adoção da CNMF não atende aos anseios dos Estados menos desenvolvidos, que, ao longo dos vários anos de negociação, seja no antigo GATT, seja na OMC, têm lutado pela inserção de normas compensadoras de sua situação de desvantagem em relação às nações mais desenvolvidas, buscando concretizar uma igualdade real. No contexto do GATT, estas nações foram bem sucedidas, por exemplo, na consubstanciação do documento “Tratamento diferenciado e mais favorecido, reciprocidade e maior participação dos Estados em desenvolvidos” (*Differential and More Favorable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries*),¹⁹⁰ também conhecido como *Enabling Clause* ou Cláusula Habilitadora, através da qual o sistema comercial preferencial tarifário foi positivamente autorizado, sendo uma

¹⁸⁸ EBNER, Josef. **La clause de la nation la plus favorisée en droit international public**. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, p. 197 a 202.

¹⁸⁹ LAFER, Celso. **Comércio e Relações Internacionais**. São Paulo: Perspectiva, 1997, p. 15 e 16.

¹⁹⁰ GATT. Decision of 28 November 1979 on **Differential and More Favorable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries**, BISD 26S/203.

exceção à CNMF e, conseqüentemente, uma forma de fugir da obrigatoriedade do tratamento da nação mais favorecida. Vimos ainda, que a UNCTAD surgiu, em 1964, como resultado desta militância das nações menos desenvolvidas, visto que tinha por finalidade contestar e reivindicar alternativas ao sistema comercial internacional, outrora regulado pelo GATT. A luta dos chamados países do Sul foi ainda responsável inclusive pela elaboração do próprio conceito de desenvolvimento no período do pós Segunda Guerra, sendo em um primeiro momento entendido como relacionado ao critério de crescimento econômico e em seguida como expansão de liberdades.¹⁹¹ Ambas as acepções são utilizadas por diversas organizações dependendo de sua visão sobre desenvolvimento.¹⁹²

Diversos dispositivos do GATT mencionam exceções em relação à prática liberalista orientadora do sistema como nos artigos XII e XVIII, ambos relacionados à permissão de práticas restritivas em função de problemas na balança de pagamento dos Membros, no artigo XIX relativo a medidas de salvaguarda, que é auxiliado em sua aplicação pelo Acordo de Salvaguardas e no artigo XXI em relação a medidas de segurança.

Em relação ao tratamento da nação mais favorecida, as exceções mais importantes estão previstas no artigo XX, sendo as consideradas gerais e no artigo XXIV, que dispõem a respeito dos acordos regionais. Todavia, outros dispositivos também mencionam circunstâncias em que a CNMF pode ser excepcionada como na facilitação do tráfico transfronteiriço e nos protocolos de acesso à organização.

Diante da variedade de dispositivos e circunstâncias em que uma derrogação a CNMF é admitida e do objetivo do estudo ora proposto, a análise das exceções mais relevantes, ou seja, dos artigos XX e XXIV, será feita com maior profundidade, juntamente

¹⁹¹ Amartya Sen vê o desenvolvimento de um Estado como uma consequência direta da expansão da liberdade de seus indivíduos. Este autor entende que a liberdade é tanto o meio quanto o fim do processo de desenvolvimento. Liberdade neste sentido é entendida como libertação de privações como pobreza, analfabetismo e subnutrição, as quais são responsáveis pela formação de barreiras aos indivíduos na busca de uma vida digna. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 18.

¹⁹² VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional econômico ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.7.

com outros dispositivos que não são necessariamente mencionados como exceções no sentido técnico, como o tratamento especial e diferenciado e o fator de observância dos países em desenvolvimento por serem elementos fundamentais na análise. Isto porque são utilizados freqüentemente como justificativa para contrariedade de dispositivos dos acordos da OMC inclusive para a formulação de acordos regionais e bilaterais nas situações analisadas mais adiante. Entretanto, as demais exceções não serão desconsideradas sendo abordadas sucintamente, tendo o papel de agregar elementos de reflexão e consideração em relação à adaptação da CNMF aos destinatários da mesma e contextos em que é utilizada.

Estas exceções podem ser justificadas de várias formas conforme será verificado nos próximos parágrafos, mas elas não podem ser utilizadas de modo irrestrito, comportando limites de aplicação, consubstanciados por condições específicas, não podendo servir de arbitrariedade ou medida de proteção injustificada.¹⁹³ Além disso, a permissão dada pelo GATT para que os membros da OMC se eximam de algumas obrigações só existe enquanto forma de proteção de valores sociais dos mesmos.

1.1 Exceções gerais: Artigo XX do GATT

Várias exceções gerais permitem derrogação aos dispositivos do GATT, incluindo a CNMF, sendo consideradas gerais pelo fato de se comunicarem a todos os dispositivos do GATT. Elas podem ser agrupadas em dois grupos: proteção de interesses não-comerciais e derrogações especiais. Dispositivos relativos à proteção de interesses não-comerciais estão presentes nos artigos XX e XXI do GATT, segundo os quais as medidas que derrogam alguns dos princípios podem ser aceitas desde que visem à proteção de interesses

¹⁹³ “[...] a member State may treat imported products less favorably, and even ban such products, if it is pursuing one of the legitimate goals set forth in the Article XX exceptions, and such unfavorable treatment does not amount to an “unjustifiable” or “arbitrary” discrimination, or a “disguised restriction on trade.” AFILADO, Ari; FOSTER, Sheila. The World Trade Organization's Anti-Discrimination Jurisprudence: Free Trade, National Sovereignty, and Environmental Health In: *The Balance*, 15 *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.* 633, Summer, 2003.

não-comerciais. Tais interesses estão ligados à moralidade pública, saúde e vida de pessoas e animais, preservação de vegetais, conservação de recursos naturais (artigo XX) e a segurança nacional (artigo XXI).

Já as derrogações especiais são aceitas em circunstâncias excepcionais, estando previstas no artigo XXV, § 5º, do GATT, substituído pelos artigos IX, § 3º, e IX, § 4º, do Acordo de Marrakech, permitindo aos membros oferecerem demanda de derrogação de certos dispositivos perante a Conferência Ministerial. Um procedimento especial é estabelecido para análise da necessidade da derrogação, devendo ela ser temporária e submetida a condicionantes impostas pela Conferência. Exemplo disso foi a derrogação para a criação da Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA) que não se encaixava como zona de livre comércio ou união aduaneira do artigo XXIV.¹⁹⁴ Tais demandas são ainda utilizadas na validação de acordos comerciais preferenciais em favor de países em via de desenvolvimento conforme a Cláusula de Habilitação¹⁹⁵ Enfim, a abrangência de tais dispositivos é tamanha que pode ser utilizada para obtenção de uma infinidade de outras derrogações sob circunstâncias excepcionais e justificadas.¹⁹⁶

Dentre os dispositivos que mencionam as exceções gerais, o artigo XX é o mais utilizado e relevante para a análise ora proposta. Por esta razão, ele será examinado com maior minúcia e profundidade, demonstrando com a citação de casos concretos como se dá a utilização do mesmo na prática.

A utilização do artigo XX como justificativa para a imposição de determinada medida só é possível se considerados quatro aspectos:

a) real violação de algum dispositivo do GATT;

¹⁹⁴ Relatório do grupo de trabalho sobre **A Comunidade Européia de Carvão e do Aço** G/35 – IBDD S1/91, 10 novembro de 1952, p. 92, § 3 e 4.

¹⁹⁵ Acordo entre a CE e os países ACP; derrogação em favor da lei dos EUA relativa a recuperação econômica da Bacia das Caraíbas, 24 novembro 1995, WT/L/104.

¹⁹⁶ Uma lista de derrogações acordadas em virtude do artigo XXV, § 5º pode ser verificada em GATT, **Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice**. 6. Ed. 1994, p. 967 e ss.

- b) relação direta da medida com as exceções mencionadas nas alíneas do artigo;
- c) necessidade da medida;
- d) observância das condicionantes expressas no *caput*.

Assim, verifica-se que a primeira consideração deve estar relacionada à violação a algum dos demais dispositivos do acordo, sem a qual não há motivo para a busca de uma justificativa para uma medida que pode ser aplicada diretamente. Em relação aos demais aspectos, a leitura do artigo XX se mostra necessária.

Artigo XX

“ Sujeito aos requisitos de que tais medidas não sejam aplicadas de maneira que possam constituir arbitrária ou injustificada discriminação entre países onde as mesmas condições prevaleçam, ou disfarçada restrição ao comércio internacional, nada neste Acordo poderá ser interpretado de forma a evitar a adoção ou aplicação por qualquer parte contratante de medidas:

- (a) necessárias para proteger a moral pública;
- (b) necessárias para proteger a vida ou saúde humana, animal ou vegetal;
- [...]
- (d) necessárias para assegurar o cumprimento de leis ou regulações que não sejam incompatíveis com as disposições deste Acordo, incluindo aquelas relacionadas à aplicação de alfândega, aplicação de monopólios regulados pelo parágrafo do artigo II e artigo XVII, a proteção de patentes, marcas e direitos autorais, e a prevenção de práticas enganosas;
- (e) relacionadas aos produtos do trabalho em prisões;
- (f) impostas para proteção de tesouros nacionais de valor artístico, histórico ou arqueológico;
- (g) relacionadas à conservação de recursos naturais esgotáveis se tais medidas forem efetuadas conjuntamente com restrições à produção e ao consumo domésticos;[...]

Após a verificação de que a medida visada viola algum dispositivo do GATT, deve ser feita a análise se a medida se encaixa em alguma das exceções especificadas no texto do artigo, enumeradas em suas alíneas, materializando-se em uma das exceções

expressamente admitidas. A seguir, deve ser comprovada a necessidade da medida e por fim o atendimento das condicionantes estabelecidas no *caput* do artigo. Desta forma, percebemos que a aplicabilidade do artigo XX segue uma lógica inversa, sendo analisadas primeiramente as alíneas para depois se concentrar no *caput*. Isto parece um contra-senso, mas a lógica de formulação do artigo segue este entendimento. Esta ordem de interpretação foi confirmada e considerada como fundamental pelo Órgão de Apelação no caso “Estados Unidos – Camarão”.¹⁹⁷

Desta forma, para a elucidação da aplicabilidade do artigo XX, em um primeiro momento serão analisadas as alíneas, buscando explicar os tipos de medidas enumeradas, para em seguida serem verificadas as condicionantes presentes no *caput* do mesmo e que também precisam ser satisfeitas para que a aplicação da medida seja justificada.

1.1.1 Medidas específicas nas alíneas do artigo XX

As exceções justificáveis e claramente dispostas nas alíneas (a) a (j) do Artigo XX, são as únicas medidas, em princípio, incompatíveis com outros dispositivos do GATT, mas que são toleradas em virtude do seu caráter especial, desde que respeitem limites impostos pelas condicionantes. Mas porque são admitidas exceções dentro do próprio texto que enuncia que elas são proibidas? Isso não seria um modo de enfraquecer todo o arcabouço jurídico que forma a base das obrigações de liberalização?

A resposta a esta pergunta não é nada jurídica ou objetiva, uma vez que tais exceções existem para proporcionar aos membros da organização o direito de adotarem e implementarem medidas que podem e em geral se consubstanciam em políticas públicas que

¹⁹⁷“A sequência dos passos indicados acima para análise dos pedidos de justificação nos termos do Artigo XX reflete não uma escolha inadvertida ou aleatória, mas sim, pelo contrário, a estrutura fundamental e lógica do Artigo XX[...] A tarefa de interpretar o *caput* a fim de evitar o abuso ou o emprego incorreto das exceções específicas previstas no Artigo XX torna-se muito difícil, se é que continua possível, onde o intérprete (como o Painel neste caso), de início não identificou e examinou a exceção específica ameaçada de abuso[...]” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Estados Unidos – Camarão”, WT/DS58/AB/R, 6 nov. 1998, §§ 119 e 120.

se legitimam pela proteção de valores sociais e interesses coletivos como vida, saúde, recursos naturais esgotáveis, preservação de tesouros nacionais arqueológicos, históricos ou artísticos e até mesmo para resguardar valores morais. Logo, percebe-se que os objetivos perseguidos são totalmente envolvidos em aspectos subjetivos e que devem ser mensurados caso a caso. Por essa razão considera-se que a explicação para a aceitação das derrogações relacionadas a estes temas não possui uma lógica legal ou objetiva, uma vez que segundo estas o próprio sistema não pode negar a si mesmo. Todavia, os temas abrangidos por este artigo estão diretamente relacionados às assimetrias entre os Membros e, tendo em vista o objetivo final da OMC, de conferir aos mesmos uma igualdade material, são tratados de modo especial, objetivando o tão almejado equilíbrio entre as partes.

Algumas das exceções dispostas nas alíneas do Artigo XX são consideradas como exceções específicas e são as previstas nas alíneas (b), (d), e (g). O caráter que as distingue das demais é seu tratamento aprofundado em diversos relatórios dos órgãos do antigo GATT e da OMC. Pela limitação da análise e objetivos propostos, a abordagem ficará restrita a estas alíneas.

1.1.1.1 (b) (medidas) necessárias para proteger a vida ou saúde humana, animal ou vegetal.

O encaixe de uma medida ou política governamental nesta alínea deve ocorrer levando em consideração dois aspectos mencionados na mesma. Primeiramente, deve ser verificado se tal medida está diretamente relacionada à proteção da vida ou saúde humana, animal ou vegetal e somente depois partir para a consideração se ela é realmente necessária para este objetivo, momento em que se levará em conta a possibilidade de implementação de uma outra ação que não viole os dispositivos do GATT e que proporcione o mesmo efeito.¹⁹⁸

¹⁹⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Painel. “Estados Unidos – Gasolina”, WT/DS4/R, 20 mai. 1996, § 6.20.

O encaixe da medida como diretamente relacionada à proteção da vida ou saúde humana, animal ou vegetal não tem apresentado muita complexidade ou dificuldade de consideração nos painéis da OMC. Vale ressaltar que as medidas justificáveis podem envolver tanto a saúde pública como o meio ambiente.

Interessante a verificação que argumentos antiliberalizantes são aceitos pelos relatórios da OMC como justificativas para adoção de medidas totalmente contrárias ao objetivo final de não se discriminar parceiros. Exemplo disso foi no caso “Tailândia - Cigarros”, em que a Tailândia trouxe como argumento de justificação para suas políticas restritivas à importação de cigarros, a proteção da saúde pública em relação aos elementos danosos presentes nos cigarros importados, assim como a busca pela redução do consumo de cigarros de modo geral na Tailândia. Tais argumentos poderiam ser facilmente derrubados e, no entanto, foram aceitos. Verificada tal situação, surge a dúvida de quão longe vai a subjetividade na análise dos elementos que formam um determinado dispositivo, afinal, será que os cigarros nacionais não possuem ingredientes que provocam tantos danos quanto os importados? E será que há restrição na comercialização desse cigarro tailandês a fim de diminuir o consumo? Bem, fica a premissa de análise estabelecida pelo painel, que chegou a conclusão de que fumar é uma prática que se constitui como um sério risco à saúde humana e que, por essa razão, medidas visando reduzir o consumo deste produto podem ser incluídas no âmbito das políticas consideradas no Artigo XX(b).¹⁹⁹

O segundo elemento de análise é a necessidade da medida, importante por sua excepcionalidade. Ou seja, esta só seria aceita caso não houvesse alternativas. Logo, o que se deve verificar é se outras medidas não foram tomadas antes da adoção da que pretende justificar, visto que exceções surgem quando todos os meios foram buscados sem resultados satisfatórios. Esse é o entendimento do painel no mesmo caso citado acima, “Tailândia -

¹⁹⁹ GATT. Relatório do Painel. “Tailândia – Cigarros”, BISD 37S/200, § 73.

Cigarros”, em que definiu como necessária uma medida quando não há alternativas compatíveis com os demais dispositivos do GATT ou menos incompatíveis e que poderiam ser esperadas de modo razoável. Com base nesta definição ou padrão de consideração, o painel concluiu que as medidas adotadas pelo governo da Tailândia não eram necessárias, inclusive demonstrando alternativas a estas, como uma proibição da propaganda de cigarros tanto de origem doméstica como estrangeira.²⁰⁰

Em alguns casos, as medidas adotadas chegam a possuir um caráter de ingenuidade, no sentido de que demonstram ser totalmente fora do senso de necessária, funcionando como um teste da capacidade de compreensão dos órgãos da OMC.²⁰¹ Isto se deu no caso “Estados Unidos – Atum/Golfinho”, em que os Estados Unidos justificavam sua atitude de proibição à importação do atum do México (de albacora) a fim de proteger a vida dos golfinhos incidentalmente capturados em virtude das técnicas utilizadas pelos pescadores do atum. O entendimento do painel foi de que tais medidas não alcançavam o requisito da necessidade e nem haviam esgotado todas as medidas possíveis para salvar os golfinhos, como negociações de arranjos de cooperação internacional. Tais negociações seriam desejáveis tendo em vista que os golfinhos vagam pelas águas de vários Estados e pelo autamar.²⁰²

²⁰⁰ “Em suma, o Painel considerou que havia várias medidas compatíveis com o Acordo Geral que estavam razoavelmente à disposição da Tailândia para controlar a qualidade e quantidade de cigarros fumados e que, colocadas juntamente, poderiam alcançar os objetivos da política de saúde que o governo tailandês busca ao restringir a importação de cigarros de modo incompatível com o Artigo XI:1. O Painel entendeu, portanto, que a prática da Tailândia de permitir a venda de cigarros domésticos enquanto não permitia a importação de cigarros estrangeiros era uma incompatibilidade com o Acordo Geral não ‘necessária’ nos termos do Artigo XX(b).” GATT. Relatório do Painel. “Tailândia – Cigarros”, BISD 37S/200, § 73 a 81.

²⁰¹ Esta consideração possui um cunho pessoal da autora, que diante da análise deste caso particular percebeu que a medida era totalmente contrária a todo o senso de necessidade admitido em outros relatórios, mas que mesmo assim foram dispostas pela parte como única forma de proteção da vida animal, neste caso.

²⁰² “Ademais, ainda que se assumisse que uma proibição à importação fosse o único recurso razoavelmente disponível aos Estados Unidos, a medida particular escolhida pelos Estados Unidos poderia, na opinião do Painel, não ser considerada como necessária nos termos do Artigo XX(b). Os Estados Unidos ligaram a taxa máxima de captura incidental de golfinhos que o México tinha de alcançar durante um período particular a fim de poder exportar atum aos Estados Unidos, com a taxa de captura realmente registrada para os pescadores dos Estados Unidos durante o mesmo período. Conseqüentemente, as autoridades mexicanas não poderiam saber se, em um dado momento, suas políticas conformavam-se aos padrões de proteção a golfinhos dos Estados Unidos. O Painel considerou que uma limitação ao comércio baseada em tais condições imprevisíveis não

Vale ressaltar um ponto importante elucidado pelo painel no caso “Estados Unidos – Gasolina”, no que concerne à avaliação da necessidade da medida para alcance do objetivo da política específica e não da necessidade desta política em si.²⁰³ E, no caso “Coréia – Carnes”, o Órgão de Apelação declarou que “[...] quanto mais vitais ou importantes os interesses comuns ou valores perseguidos, mais fácil é estabelecer que as medidas em disputa são necessárias para alcançar esses fins”.²⁰⁴

Por fim, devem ser considerados os elementos de prova admitidos pelo painel que podem ser desde boa-fé até fontes científicas, que não necessariamente devem ser majoritárias, desde que qualificada e respeitada.²⁰⁵

1.1.1.2 (d) (medidas) necessárias para assegurar o cumprimento de leis ou regulações que não sejam incompatíveis com as disposições deste Acordo, incluindo aquelas relacionadas à aplicação de alfândega, aplicação de monopólios regulados pelo parágrafo do artigo II e artigo XVII, a proteção de patentes, marcas e direitos autorais, e a prevenção de práticas enganosas

Para a justificação da medida com base nesta alínea, mais uma vez será utilizado o método binário de avaliação da compatibilidade da mesma com o expressamente disposto nesta alínea. Isto porque primeiramente deve ser analisado se a medida possui como objetivo “assegurar o cumprimento” das leis ou regulamentos que em si não são incompatíveis com os dispositivos do GATT. Ou seja, uma medida incompatível garante o respeito a normas não incompatíveis. Após isso, deve ser verificado, assim como feito na

poderia ser considerada como necessária para proteger a saúde ou a vida de golfinhos.” GATT. Relatório do Painel. “Estados Unidos – Atum/Golfinho”, BISD 29S/91, §§ 5.25-5.28. Este painel não foi adotado.

²⁰³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Painel. “Estados Unidos – Gasolina”, WT/DS4/R, 20 mai. 1996, § 6.22.

²⁰⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Coréia – Carnes”, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, 11 Dez. 2000, § 162.

²⁰⁵ “Um Membro não está automaticamente obrigado, ao determinar a política de saúde, a seguir o que, em um dado momento, pode constituir uma opinião científica majoritária. Portanto, um painel não precisa, necessariamente, alcançar uma decisão sob o Artigo XX(b) do GATT 1994 com base no peso ‘preponderante’ da evidência.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Comunidades Européias – Asbestos”, WT/DS135/AB/R, 12 mar. 2001, § 178.

seção anterior, o caráter de necessidade da mesma para o alcance deste objetivo de cumprimento de normas específicas.

Em relação ao primeiro elemento, pode ser citado o caso “Estados Unidos – Gasolina”, em que o painel determinou que a discriminação utilizada para determinação das bases individuais em relação a gasolina importada e nacional, não possuíam como fim assegurar a observância desta base e sim a determinação da mesma. Sendo assim, não poderiam estar incluídos nesta alínea (d).²⁰⁶

Já em relação ao segundo momento, qual seja, o da avaliação da necessidade da medida para a obediência de um regulamento ou norma, pode ser utilizado como ilustração o caso “Coréia – Carnes”²⁰⁷ em que o Órgão de Apelação declarou alguns fatores como definidores desta necessidade tais como: “[...] contribuição feita pela medida de obediência para a implementação da lei ou regulamento em questão, a importância dos interesses ou valores comuns protegidos por aquela lei ou regulamento, e o impacto da lei ou regulamento associado às importações ou exportações”. Interessante ainda neste relatório é a admissão de que mesmo não sendo indispensável, uma medida pode ser caracterizada como necessária, devendo para tal se “mensurar e balancear” fatores relacionados a cada caso.

Na comprovação destes dois elementos citados, quais sejam, o objetivo da medida de assegurar o cumprimento de um regulamento ou norma específica e ser necessária para tal, o ônus reside sobre o Membro que invocou o dispositivo como justificativa para sua medida, ou seja, o aplicador da medida ou réu no sentido processual, é que deve demonstrar que possui os elementos para justificar seus atos. Isto funciona praticamente como regra geral do direito, mesmo no direito nacional ou interno.

²⁰⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Painel. “Estados Unidos – Gasolina”, WT/DS4/R, 20 mai. 1996, § 6.33.

²⁰⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Coréia – Carnes”, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, 11 Dez. 2000, § 164.

1.1.1.3 (g) (medidas) relacionadas à conservação de recursos naturais esgotáveis se tais medidas forem efetuadas conjuntamente com restrições à produção e ao consumo doméstico

A análise desta alínea pode ser feita em três fases diferentes: se a medida a ser justificada realmente visa à conservação de recursos naturais esgotáveis, se está relacionada de modo direto à conservação destes recursos e por fim se é aplicada em conjunto com restrições à produção e ao consumo doméstico.

Em relação ao primeiro elemento, os recursos a serem preservados incluem tanto espécies vivas como não-vivas. Interessante notar que em relação a isto o relatório adotado pelo Órgão de Apelação no caso “Estados Unidos – Camarão”, em que foi considerado como primordial o caráter evolucionista dos fenômenos em defesa da consideração de todos as espécies por esta alínea. O painel considerou que recursos naturais esgotáveis e renováveis não são mutuamente excludentes, tendo em vista que espécies com capacidade de reprodução podem ser extintas em certas circunstâncias envolvendo a atividade humana, demonstrando que recursos vivos são tão finitos quanto petróleo, minério de ferro e outros considerados como não-vivos. Além disso, o painel destaca que a alínea (g) do artigo XX foi criada a mais de 50 anos, devendo ser interpretada à luz das preocupações contemporâneas da comunidade de Estados preocupados com a proteção e conservação do meio-ambiente. Desta forma o termo “recursos naturais” presente nesta alínea deve ser visto não sob um ponto de vista estático e sim evolucionário.²⁰⁸

²⁰⁸ “Apesar do Artigo XX não ter sido modificado na Rodada Uruguai, o preâmbulo anexado ao Acordo da OMC mostra que os signatários daquele Acordo estavam, em 1994, totalmente cientes da importância e legitimidade da proteção ambiental como objetivo da política nacional e internacional. O preâmbulo do Acordo da OMC – que informa não apenas o GATT 1994, mas também os outros acordos abrangidos – reconhece explicitamente ‘o objetivo do desenvolvimento sustentável[...]; [...] Da perspectiva incorporada no preâmbulo do Acordo da OMC, notamos que o termo genérico ‘recursos naturais’ no Artigo XX(g) não é ‘estático’ no seu conteúdo ou referência, mas ‘por definição, evolucionário’. É pertinente, portanto, notar que as convenções e declarações internacionais modernas fazem freqüentes referências aos recursos naturais como abrangendo tanto recursos vivos como não-vivos. [...] Ademais, dois relatórios do painel do GATT 1947 adotados julgaram anteriormente que peixes são um ‘recurso natural esgotável’ nos termos do Artigo XX(g).” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Estados Unidos – Camarão”, WT/DS58/AB/R, 6 nov. 1998, §§ 128 a 131.

A segunda fase consiste na verificação se esta medida está realmente relacionada à conservação destes recursos esgotáveis. Esta relação deve se dar de modo primário, ou seja, antes de qualquer outro objetivo. Este foi o entendimento do painel no caso “Canadá – Arenque e Salmão”.²⁰⁹ Além deste fator de primariedade, a medida deve ainda estar relacionada à política ambiental específica de modo real e visivelmente próximo como declarado no relatório do Órgão de Apelação no caso “Estados Unidos – Camarão” em que a relação entre meios e fins entre a Seção 609 adotada pelos Estados Unidos e a política legítima de conservação das tartarugas marinhas, espécie esgotável e de fato em perigo de extinção, foi considerada visivelmente próxima e real.²¹⁰

Em relação ao terceiro e último critério, a medida deve ser aplicada juntamente com restrições produtivas e consumeiristas domésticas, o que é considerado como um fator de imparcialidade na imposição das restrições a produtos internos ou externos, visando a conservação.²¹¹

Após a análise destas três alíneas e seus elementos constitutivos, será feita a abordagem do *caput* do artigo XX que se apresenta como fundamental na consideração de uma medida como justificável. Vale ressaltar que, mesmo que a medida se encaixe em uma das hipóteses das alíneas, se ela não preencher os requisitos do *caput*, sua implementação não é justificada. Isto foi o que ocorreu no caso “Estados Unidos – Gasolina”, em que os Estados Unidos procuraram garantir os níveis de poluição da combustão da gasolina de 1990, assim como a redução nos grandes centros populacionais. O Órgão de Apelação concluiu que a medida possuía um objetivo e poderia ser incluída na exceção da alínea (g), mas não seria

²⁰⁹ GATT. Relatório do Painel. “Canadá – Arenque e Salmão”, BISD 35S/98, 22 mar. 1988, §§ 4.4 a 4.6.

²¹⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Estados Unidos – Camarão”, WT/DS58/AB/R, 6 nov. 1998, § 141.

²¹¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Estados Unidos – Gasolina”, WT/DS4/AB/R, 20 mai. 1996, §§ 20 a 22.

justificada, tendo em vista que não satisfazia as condicionantes do *caput* do Artigo XX. Logo, a medida não foi justificada e, conseqüentemente, não foi implementada.²¹²

1.1.2 Limitações condicionais impostas no *caput* do Artigo XX

O *caput* do Artigo XX estabelece as condições necessárias para que a medida aplicada seja aceita como derrogação a algum dispositivo do acordo. Pela leitura do dispositivo, pode ser compreendido que seu objetivo é mais voltado para a forma de aplicação da medida do que para a forma desta em si, isto fica reservado às alíneas. Além disso, ele deixa claro que as medidas devem ser consideradas em seu aspecto de excepcionalidade, não admitindo formas arbitrárias ou injustificadas de discriminação:

Artigo XX

“Sujeito aos requisitos de que tais medidas não sejam aplicadas de maneira que possam constituir arbitrária ou injustificada discriminação entre países onde as mesmas condições prevaleçam, ou disfarçada restrição ao comércio internacional, nada neste Acordo poderá ser interpretado de forma a evitar a adoção ou aplicação por qualquer parte contratante de medida:[...]”

Caso estas medidas sejam utilizadas de modo irrestrito, o arcabouço jurídico do GATT pode entrar em colapso devido à crise de legitimidade que pode surgir. No caso “Estados Unidos – Camarões”, o Órgão de Apelação concluiu que este artigo pode ser considerado como um braço do princípio da boa-fé presente no direito internacional.²¹³ Esta é uma situação que demonstra a justificação e interpretação de dispositivos legais através de princípios como uma prática recorrente e que corrobora o entendimento de que os mesmos possuem papel fundamental para o direito internacional.

A análise deste *caput* pode seguir a mesma metodologia utilizada para as alíneas. A diferença, no entanto, é que tais pontos não se acumulam como fase de uma mesma

²¹² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Estados Unidos – Gasolina”, WT/DS4/AB/R, 20 mai. 1996.

²¹³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Estados Unidos – Camarão”, WT/DS58/AB/R, 6 nov. 1998, §§ 156 a 159.

verificação, visto que se constituem a partir de obrigações negativas quais sejam de não serem compreendidas como discriminações arbitrárias ou injustificadas e nem como restrição disfarçada ao comércio internacional.

1.1.2.1 Discriminação Arbitrária ou Injustificada

O *caput* do Artigo XX é claro quando menciona que as medidas a serem aplicadas não podem ter um caráter discriminatório arbitrário ou injustificado, deixando uma margem bastante perigosa, pois tudo o que se consiga provar não ser arbitrário ou injustificado, pode ser aceito. Este é um critério bastante subjetivo, como vários outros apresentados no GATT, mas a partir destes três elementos deve-se analisar: se a medida se constitui em discriminação, se esta ocorre de modo arbitrário ou injustificado e se envolve países onde as mesmas condições prevalecem.

Em relação aos dois primeiros fatores, sua ocorrência deve partir da análise do caso concreto, tendo em vista que as condições de cada membro, assim como os efeitos das medidas, devem ser verificados na prática. Já em relação ao terceiro, o *caput* menciona outros países, não se restringindo somente aos membros exportadores, o que significa que podem ser avaliadas também as condições relativas a membro importador participante da relação.²¹⁴ Interessante a menção ao caso “Estados Unidos – Camarões”, em que o Órgão de Apelação avaliou os elementos aqui propostos demonstrando a importância da mensuração e análise das condições do país ao qual se destina a medida a fim de verificar seu aspecto discriminatório ou não.²¹⁵

²¹⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Estados Unidos – Gasolina”, WT/DS4/AB/R, 20 mai. 1996, §§ 23 e 24.

²¹⁵ “Deve ser bastante aceitável que um governo, ao adotar e implementar uma política doméstica, adote um padrão único aplicável a todos os cidadãos daquele país. No entanto, não é aceitável, nas relações do comércio internacional, que um Membro da OMC utilize um embargo econômico para exigir que outros Membros adotem essencialmente o mesmo programa regulador abrangente, alcancem um certo objetivo político, como aquele em vigor dentro do território daquele Membro, sem levar em consideração as diferentes condições que podem ocorrer nos territórios daqueles outros Membros.” [...] Nós acreditamos que a discriminação resulta não

Mais uma vez vale ressaltar que não basta a justificação pelas alíneas do Artigo XX, devendo também ser respeitado o *caput* do mesmo. No caso “Estados Unidos – Gasolina”, o Órgão de Apelação concluiu que apesar do Artigo XX (g) poder ser utilizado neste caso para justificar o estabelecimento de bases na Regra da Gasolina, não poderia ser aplicada por constituírem discriminação injustificada, além de restrição disfarçada ao comércio internacional, item que verificaremos a seguir.²¹⁶

1.1.2.2 Restrição Disfarçada ao Comércio Internacional

A análise do caráter restritivo de uma medida em relação ao comércio internacional, mesmo que de modo disfarçado, deve ser feita em conjunto com os elementos acima verificados. Isto porque os termos e verificações têm um caráter de complementariedade, conforme dito acima. A análise do caráter disfarçado da medida não se exaure no fato de esta ser oculta ou simplesmente omitida, visto que pode envolver a adoção de restrições equivalentes à discriminação arbitrária ou injustificada, mas sob a forma ou roupagem de uma das medidas admitidas nas alíneas do Artigo XX. Enfim, levando em conta a prevenção destes aspectos negativos para os dispositivos do GATT, qual seja o da discriminação e restrição, deve ser sempre considerado o fim para o qual este dispositivo foi criado, qual seja o de evitar abuso na utilização das medidas ou até mesmo um uso ilegítimo das mesmas.²¹⁷

apenas de quando países nos quais as mesmas condições prevalecem são diferentemente tratados, mas também de quando a aplicação da medida em questão não permite nenhuma investigação sobre se aquele programa é apropriado às condições prevalecendo naqueles países exportadores.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Estados Unidos – Camarão”, WT/DS58/AB/R, 6 nov. 1998, §§ 164 e 165.

²¹⁶ “[...] nossa conclusão é que as regras de estabelecimento de bases na Regra da Gasolina, em sua aplicação, constituem ‘discriminação injustificada’ e uma ‘restrição disfarçada ao comércio internacional.’ Mantemos, em suma, que as regras de estabelecimento de bases, embora nos termos do Artigo XX(g), não servem para justificar a proteção conferida pelo Artigo XX como um todo.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Estados Unidos – Gasolina”, WT/DS4/AB/R, 20 mai. 1996, p. 28-29.

²¹⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Estados Unidos – Gasolina”, WT/DS4/AB/R, 20 mai. 1996, p. 25.

Interessante o caráter absoluto com o qual o legislador encerrou o *caput* deste artigo, mencionando o termo “nada”: “[...]nada neste Acordo poderá ser interpretado de forma a evitar a adoção ou aplicação por qualquer parte contratante de medida[...]”. Isto demonstra que mais uma vez um dispositivo do GATT pode ser aplicado de modo abrangente e subjetivo, visto que a partir do momento em que se utiliza nada, tudo pode ser argüido como empecilho para a adoção ou aplicação da medida. Todavia, analisando por outro lado, o legislador também buscou garantir que a aplicação ou adoção das medidas não fosse frustrada por outra regra, reservando a essas exceções um caráter de primariedade em relação aos demais dispositivos do GATT, desde que respeitadas as condições do *caput* e encaixada em uma das alíneas do mesmo artigo.

1.2 Exceções para Acordos Regionais: Artigo XXIV do GATT

A maior parte do tempo, fronteiras políticas e econômicas coincidem, mas isso nem sempre acontece como demonstrado nas zonas de livre comércio e união aduaneiras. As fronteiras são barreiras ao livre comércio entre Estados e por isso, formam-se áreas onde elas não são mais do que artificiais.

Tais uniões ocorrem por razões políticas e econômicas, visto que muitos Estados são pequenos e não conseguem constituir por si só mercados e produção satisfatórios, razão pela qual se unem a fim de realizarem uma produção de larga escala via intercâmbio de produtos e prestação de serviços. Além disso, a união destes Estados possibilita aos mesmos uma maior garantia de convivência pacífica.²¹⁸

O objetivo maior do Sistema Multilateral de Comércio está na manutenção da paz, via o incentivo de uma convivência pacífica entre os Estados. Isto porque se a finalidade principal da ONU é a garantia da manutenção da paz, como organização subsidiária

²¹⁸ CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. **Droit international économique**. Paris: Dalloz, 2003, p.227 a 229.

desta, a OMC deve auxiliar o desenvolvimento de relações comerciais baseadas na interdependência econômica e na necessidade de cooperação entre os participantes destas, estimulando em consequência a convivência harmônica destes.²¹⁹

Benefícios conseqüentes de integrações regionais são mencionados desde as primeiras reuniões da Sociedade das Nações Unidas do início do século. Em reunião de 1930, em que se realizou a segunda Comissão da SDN, o delegado austríaco, Schüller, já declarava que convenções plurilaterais não eram tão satisfatórias por envolverem um número grande de Estados, o que acabava por impedir muitos resultados em função da divergência de opiniões e interesses. Sendo assim, mencionava que melhor seria o estabelecimento de convenções regionais que levassem em consideração a situação especial de cada membro, uma vez que, estariam estabelecidos em contextos físicos e econômicos bastante próximos.²²⁰ Todavia, tais uniões aduaneiras deviam ocorrer em etapas sucessivas, pois isso favorecia o desenvolvimento de todos os associados.²²¹

Desde o estabelecimento do GATT 1947, os blocos econômicos regionais vêm crescendo não só em quantidade, mas também em importância para o comércio internacional. Hoje eles cobrem grande parte das relações econômicas internacionais e a tendência é que eles continuem a se expandir. O próprio Entendimento relativo à interpretação do artigo XXIV reconhece isso em seu preâmbulo.²²²

Partindo do pressuposto de que o propósito destes blocos é o de facilitar o comércio entre os territórios constituídos e não impor barreiras a outros Membros, é que o GATT 1994 dispõe do artigo XXIV²²³, permitindo a formação destes blocos regionais, sendo,

²¹⁹ NASSER, Rabih Ali. **A OMC e os países em desenvolvimento**. São Paulo: Aduaneiras, 2003, p. 60.

²²⁰ EBNER, Josef. **La clause de la nation la plus favorisée en droit international public**. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, p. 71.

²²¹ Ibidem, p. 205.

²²² “Reconhecendo que as uniões aduaneiras e zonas de livre comércio tenham crecido consideravelmente em número e importância desde o estabelecimento do GATT de 1947 e que abarcam atualmente uma proporção importante do comércio mundial;”

²²³ “Reafirmando que o objetivo desses acordos deve ser facilitar o comércio entre os territórios constitutivos e não erguer obstáculos ao comércio de outros Membros com estes territórios, é que as partes nesses acordos

portanto, uma exceção a CNMF, ao mesmo tempo em que impõe condições e procedimentos para a aceitação dos mesmos.²²⁴

Antes de dar prosseguimento à análise do artigo em si, deve-se ter em mente que a idéia de estipulação de uma exceção a um princípio tão importante para o multilateralismo comercial surgiu em um contexto em que não existiam muitos blocos regionais e, portanto, estabelecer uma exceção para estes não parecia uma atitude tão arriscada.

Isto porque os redatores do artigo XXIV não pensavam que um dia um bloco como o das Comunidades Européias poderia vir a existir de modo tão imponente. Pensavam apenas em arranjos entre dois ou três países como o BENELUX (Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo). Além disso, também não podiam prever que as Comunidades Européias poderiam estabelecer outros acordos preferenciais com países novos ou pouco desenvolvidos. Estes Estados menos desenvolvidos vislumbravam nos processos de integração uma possibilidade de promover seu desenvolvimento econômico, mesmo nem sempre possuindo a capacidade econômica exigida pelo artigo XXIV.²²⁵

Sendo assim, diante das poucas referências que se tinha no momento de estabelecimento do GATT de processos de integração, considerou-se positivo o estabelecimento de tal exceção. Para isso, a OMC possibilita aos seus Membros uma integração de economias através de acordos voluntários denominados acordos regionais de comércio, que desembocam nas uniões aduaneiras ou áreas de livre comércio, cabendo ao

devem evitar, na medida do possível, que seu estabelecimento ou ampliação tenham efeitos desfavoráveis no comércio de outros Membros[...]” Entendimento relativo a interpretação do Artigo XXIV do GATT 1994. Disponível em: <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/10-24_s.htm> Acesso em: 14 de abr. 2006.

²²⁴ Os blocos econômicos regionais surgiram no pós 2ª Guerra Mundial e representaram um passo rumo a este processo de cooperação e integração. Estes blocos se proliferaram rapidamente e uma das explicações para tal fato poderia estar na possibilidade de se burlar a CNMF dentro deles, segundo o entendimento de que estes blocos não ferem o legalismo da OMC e ao mesmo tempo não vão de encontro ao liberalismo comercial.

²²⁵ LONG. *La Place du Droit et ses Limites dans Le Système Commercial Multilatéral du GATT*. In: Recueil des Cours, Academia de Direito Internacional da Haia, 1983, IV, vol. 182, p. 35

GATT 1994 positivar tais derrogações à CNMF, que são concedidas de modo condicional e estrito.

O artigo XXIV, § 4º deixa claro o reconhecimento da convivência entre o aumento da liberdade de comércio e uma maior integração das economias dos países que participam de tais acordos. Além de estabelecer que as uniões aduaneiras e zonas de livre comércio devem objetivar a facilitação do comércio entre seus territórios constitutivos e não obstáculos a outros Estados. Sendo assim, o texto deixa claro a finalidade de tais blocos regionais, demonstrando mais uma vez o estabelecimento de objetivos baseados em enunciados gerais e passíveis de muitas manobras em virtude de sua flexibilidade.

Um questionamento que surge é o de que se tais blocos servem como facilitadores do comércio, buscando estender em um segundo momento, mesmo que a longo prazo, suas vantagens para os demais, por que se constituem a partir de uma exceção ao princípio da não-discriminação, ou em última análise à CNMF? Além disso, será que tais blocos não podem ser tratados como uma flexibilização do princípio ao invés de uma derrogação total do mesmo?

A flexibilização de um princípio é algo bastante arriscado e não recomendado para toda uma organização que funciona com base neles. Isto pode causar uma crise de legitimidade e confiança em todo o sistema, uma vez que poder-se-ia questionar a firmeza do mesmo, caso aceitasse a flexibilidade de elementos basilares. Sendo assim, a opção mais acertada é o reconhecimento de uma derrogação do mesmo, sendo o entendimento expresso na doutrina e nos textos legais.

O princípio da não-discriminação e a obrigação de tratamento da nação mais favorecida dispõem que os Membros da OMC concedam de modo incondicional e automático qualquer vantagem ou benefício que tenham oferecido a produtos de outros Membros, envolvendo desde taxas de alfândega, passando por encargos, até as regras e procedimentos

de recepção ou envio de bens. Entretanto, a partir do momento que se cria um bloco econômico regional, o tratamento que as partes deste acordo oferecem aos demais participantes não precisa ser estendido aos demais Membros da OMC. Neste momento forma-se o confronto com a regra geral da não-discriminação, mas isto é aceito desde que se respeitem certos critérios que amenizam os efeitos danosos desta derrogação ao princípio da não-discriminação.

Um destes critérios e talvez o mais importante por trazer a definição do que são estes blocos regionais e conseqüentemente o formato que devem ter as futuras uniões para serem aceitas, está prevista no § 8 do artigo XXIV. O texto menciona dois formatos de blocos aceitáveis que são a união aduaneira e a zona de livre comércio. Tais blocos se consubstanciam em duas fases de integração diferente, sendo as zonas de livre comércio formadas em decorrência da abolição de barreiras aduaneiras, com a livre circulação de bens produzidos intrazona. Já as uniões aduaneiras são consideradas um próximo passo no processo de integração, visto que além da eliminação das tarifas aduaneiras, estabelece para Estados terceiros uma alíquota única de imposto de comércio exterior, tanto de importação quanto de exportação.²²⁶ De modo mais técnico, o § 8 do artigo XXIV dispõe:

“8. Para os propósitos deste Acordo:

(a) uma **união aduaneira** deverá ser entendida como a substituição de um único território aduaneiro por dois ou mais territórios aduaneiros, de modo que

(i) taxas e outros regulamentos restritivos de comércio (exceto, onde necessário, aqueles permitidos sob os Artigos XI, XII, XIV, XV e XX) são eliminados com respeito substancialmente a todo o comércio entre os territórios constituintes da união ou ao menos com respeito substancialmente a todo o comércio de produtos originários de tais territórios, e,

(ii) sujeito às disposições do parágrafo 9, substancialmente as mesmas taxas e outros regulamentos de comércio são aplicados por cada um dos membros da união ao comércio dos territórios não incluídos na união;

(b) Uma **área livre de comércio** deverá ser entendida como um grupo de dois ou mais territórios aduaneiros nos quais as taxas e outros regulamentos

²²⁶ Trata-se da Tarifa Externa Comum, TEC, fator característico da existência de uma união aduaneira.

restritivos de comércio (exceto, onde necessário, aqueles permitidos sob os Artigos XI, XII, XIII, XIV, XV e XX) são eliminados para substancialmente todo o comércio entre os territórios constituintes em produtos originários de tais territórios.”

Em suma, podemos considerar como zonas de livre-comércio o espaço territorial em que se eliminam os direitos alfandegários e outras restrições comerciais entre os Estados partes, sendo que, se existe tarifa ou regulamentação externa comuns, já passa a ser união aduaneira.

As condições estabelecidas para as uniões aduaneiras são mais rígidas, tendo em vista sua política externa comum. Tais condições são classificadas em obrigações de ordem interna e de ordem externa.²²⁷ As primeiras são: obrigação de que os blocos cubram o essencial das trocas comerciais, ou seja, os setores mais representativos para as economias dos Estados-parte, além da necessidade de existência de planos com previsões de instalação provisória e definitiva dos blocos. Já as de ordem externa são o compromisso de funcionar como facilitador do comércio (*trade creating*) e não como mecanismo de imposição de barreiras (*trade diverting*). Além da obrigação específica para as uniões aduaneiras previstas no artigo XXIV, § 5 do GATT de que “[...] a tarifa externa comum deve representar a média das tarifas nacionais, que eram aplicadas pelos Estados membros da união, antes da entrada em vigor desta [...]”. Isto implica uma redução dos níveis dos direitos nacionais ou sua eliminação; sendo dado que a elevação de uma tarifa anteriormente consolidada se encontra sujeita a condicionamentos pelo GATT (em função dos princípios de manter-se o equilíbrio em função da consolidação das concessões tarifárias e para se evitar eventuais prejuízos a terceiros Estados e Partes membros do GATT e não partícipes da união). O artigo XXIV, § 6º, prevê a hipótese de uma renegociação das concessões, com finalidades compensatórias, entre

²²⁷ CARREAU, Dominique; FLORY, Thiébaud e JUILLARD, Patrick. **Manuel de droit économique**. 3 ed. Paris: L.G.D.J., 1990.

os membros da união e terceiros Estados.²²⁸ Tais procedimentos de renegociação tarifária estão estabelecidos no Artigo XXVIII do GATT 1994 (retirada de concessões), com esclarecimentos dados pelo Entendimento relativo a interpretação deste artigo, como a definição da expressão “interesse principal no fornecimento”.

Interessante para a análise proposta é o disposto no artigo XXIV, § 5 °, alínea “c”, que estabelece que acordos temporários, como, por exemplo, os bilaterais aqui tratados, devem incluir um plano e um cronograma para constituição de uma união aduaneira ou área de livre comércio dentro de um “período razoável de tempo”. Este período deve ser de até 10 anos, salvo circunstâncias excepcionais.²²⁹

Deve ser ressaltado ainda, que sendo o GATT 1994 uma releitura do GATT 1947, seu artigo XXIV deve ser lido em paralelo com o Entendimento sobre a Interpretação do Artigo XXIV do GATT 1994. Em ambos existem regras complementares em relação ao tratamento de bens nestes blocos. Além disso, o Entendimento esclarece várias questões e modifica diversos procedimentos como o de revisão das uniões aduaneiras e zonas de livre comércio, tendo sido estabelecido desde 1996, um Comitê sobre Acordos Regionais de Comércio para tratar destas questões.

Outro elemento a ser considerado é a observância do disposto na chamada “Cláusula Habilitadora” ou Decisão sobre Tratamento Diferenciado e Mais Favorável, Reciprocidade e Ampla Participação de Países em Desenvolvimento, estabelecida em 1979, determinando tratamento preferencial para os países em desenvolvimento em relação ao comércio de bens. Este será exatamente o último ponto a ser abordado nesta seção, tendo em vista que tem ganhado uma importância cada vez maior dentro dos debates da organização, mas deixando claro que a função das uniões aduaneiras ou áreas de livre comércio deve ser de facilitadora do comércio e não de barreira em relação aos países não-participantes das

²²⁸ SOARES, Guido F. S. **A compatibilização da ALADI E do MERCOSUL com o GATT**. Disponível em: <http://www.mre.gov.br/portugues/politica_externa/mercosul/aladi/gatt> Acesso em: 05 mar. 06.

²²⁹ Entendimento sobre a Interpretação do Artigo XXIV do GATT 1994, § 3.

mesmas. Importante sublinhar este ponto final, a fim de prosseguir com a compreensão do tratamento especial de uma perspectiva favorável às práticas liberalizantes, ou seja, como medidas que buscam inserir países menos favorecidos no contexto comercial global, sendo temporárias e restritas aos que realmente necessitam e não uma válvula de escape ou uma máscara para políticas de interesse particular ou protecionista.

1.3 Tratamento especial e diferenciado

O tratamento especial e diferenciado tão em voga na atual rodada de negociação da OMC, a Rodada Doha, existe em função da diferença do grau de desenvolvimento dos Membros desta organização. Na Declaração Ministerial de Doha, adotada em novembro de 2001, quando teve fim a quarta sessão da Conferência Ministerial, os países-membro da OMC se manifestaram a respeito do tema, considerando o comércio internacional como fundamental para o desenvolvimento econômico dos países e conseqüente redução da pobreza e se comprometendo em observar os interesses destas nações menos desenvolvidas a fim de aumentar a participação destes nas trocas comerciais. Isto porque foi reconhecido que a maioria dos Membros da OMC é formada por países em desenvolvimento, além da vulnerabilidade destes Estados, principalmente dos menos desenvolvidos.

Sendo assim, recordando o preâmbulo do Acordo de Marrakech, os Membros da OMC, declararam a necessidade de dar continuidade aos “esforços positivos para assegurar que os países em desenvolvimento, e especialmente os de menor desenvolvimento relativo, tenham participação no crescimento do comércio mundial proporcional às necessidades de seu desenvolvimento econômico”. Para isso, um maior acesso a mercados, regras equilibradas e bem focadas, além de programas sustentáveis de assistência técnica e aquisição de capacidade devem ser desempenhados.

Em relação aos países de menor desenvolvimento relativo, foi considerado que estes se encontram em uma situação de vulnerabilidade particular, possuindo dificuldades estruturais diante da economia global. Diante destas, maiores oportunidades de participação eficaz devem ser oferecidas a estes, a fim de os tirar da marginalização em relação ao sistema multilateral de comércio. Diante de todos estes objetivos, os Membros da OMC estabeleceram programas de trabalhos a serem desenvolvidos ao longo desta Rodada, sem desconsiderar os demais compromissos assumidos nas reuniões em Marrakech, Cingapura e Genebra, além da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Países de Menos Desenvolvimento Relativo, realizada em Bruxelas.²³⁰

Nesta mesma ocasião foram estabelecidos outros dispositivos como uma “Decisão sobre implementação, questões e assuntos relacionados”, buscando fazer uma análise sobre os efeitos da implementação dos acordos da OMC resultantes da Rodada Uruguai em relação aos países em desenvolvimento.²³¹ Além disso, também foi adotada uma “Declaração sobre o acordo de TRIPS e Saúde Pública”, em virtude da preocupação com os problemas de saúde pública cada vez mais graves e presentes em muitos destes países em desenvolvimento e de países menos avançados.²³² Esta declaração é aplicada em conjunto com o Acordo TRIPS, prevendo a execução e interpretação deste de modo a conferir a todos os membros da OMC uma maior possibilidade de acesso a medicamentos.

Deve ser ressaltado que a importância dada ao tratamento do tema “Comércio e Desenvolvimento” pode ser vista como uma demonstração da admissão de que as distinções feitas dentro dos acordos negociados (exceções, derrogações, prazos diferenciados) em benefício dos países menos favorecidos não estão sendo suficientes para a

²³⁰ **Declaração Ministerial de Doha**, 14 de novembro de 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, §§ 2º e 3º.

²³¹ **Decisão da Conferência Ministerial sobre Implementação - questões e assuntos relacionados**, 14 de novembro de 2001, WT/MIN(01)/DEC/17.

²³² Tais Estados eram denominados segundo a nomenclatura de países de menor desenvolvimento relativo na década de 70, mas atualmente a referência feita aos mesmos é de países menos avançados.

promoção de uma maior equalização dos níveis de desenvolvimento ou para possibilitar a ascensão ou, no mínimo, maiores oportunidades para esses Membros.²³³

O sistema da OMC classifica seus Membros em três categorias, quais sejam, países-membro desenvolvidos, países-membro em desenvolvimento, países-membro menos avançados. O critério definido pelas Nações Unidas para a definição do que são os países menos avançados é o mesmo adotado pela OMC, ou seja, o do Produto Nacional Bruto *per capita* do país em questão, devendo ser abaixo de mil dólares americanos para serem considerados menos avançados. O valor do dinheiro não é satisfatório como critério por não expressar o nível de desenvolvimento de um Estado, demonstrando que a OMC trabalha com uma visão limitada de desenvolvimento. Outros critérios como o Índice de Desenvolvimento Humano, utilizado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), é mais apropriado, sendo atualizado a cada ano.²³⁴ São considerados como países-membro menos avançados (PMAs): Angola, Bangladesh, Benin, Burquina Faso, Burundi, Cambodia, República Centro-Africana, Tchad, Congo, Djibuti, Gâmbia, Guiné, Guiné Bissau, Haiti, Lesoto, Madagascar, Malawi, Maldivas, Mali, Mauritânia, Moçambique, Myanmar, Nepal, Nigéria, Ruanda, Senegal, Serra Leoa, Ilhas Salomão, Tanzânia, Togo, Uganda e Zâmbia.²³⁵ Todavia, em relação aos demais não há critérios definidos, sendo que os países-membro em desenvolvimento se auto-elegem como tal, não sendo esta auto-eleição aceita de modo automático em todos os acordos. Os demais são desenvolvidos.²³⁶

Hoje se reconhece que a maioria dos membros desta organização são países em desenvolvimento ou menos avançados, sendo assim, não se pode mais ignorar a situação especial destes diante dos grandes Estados, deixando-os à margem do sistema. O comércio

²³³ TAXIL, Bérangère. **L'OMC et les pays en développement**. Paris: Montchrestien, 1998, p. 41-42.

²³⁴ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional econômico ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 146 e 147.

²³⁵ Outros oito países considerados menos desenvolvidos estão em processo de acesso a OMC: Bhutan, Cabo Verde, Etiópia, Laos, Samoa, Sudão, Vanuatu e Yemen. Guiné Equatorial e São Tomé e Príncipe são apenas observadores. Maiores informações ver: <http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org7_e.htm>

²³⁶ Informações retiradas do site oficial da OMC: <www.wto.org>

internacional está cada vez mais integrado e ignorar a participação destes Estados no sistema implica perdas para as próprias potências mundiais.²³⁷

No preâmbulo do Acordo da OMC, já é prevista a importância de atitudes positivas no sentido de assegurar a estes países em desenvolvimento, e principalmente para aos países menos avançados, sua inserção no sistema comercial multilateral, auxiliando o crescimento deste na proporção do desenvolvimento de suas próprias economias.²³⁸ O desenvolvimento é peça fundamental para o direito internacional econômico, o qual tem dado lugar ao surgimento do direito do desenvolvimento, muito em voga a partir do fim da Segunda Guerra Mundial e até a década de 1980, quando perdeu um pouco do seu brilho em virtude das teorias neoliberais que surgiram.²³⁹ Todavia, o tratamento dado pela OMC demonstra que este continua sendo um tema relevante, podendo significar um resgate do mesmo, uma vez que se verificou ao longo dos últimos anos que o liberalismo irrestrito não é o meio mais apropriado de promoção de um sistema comercial eficaz e sustentável.²⁴⁰

A base deste tratamento especial e diferenciado pode ser encontrada neste direito do desenvolvimento, que pode ser definido como um ramo específico do direito formado por normas e princípios que asseguram aos países menos desenvolvidos condições de desenvolvimento mais favoráveis. Este direito do desenvolvimento está apoiado sobre os princípios da não-reciprocidade, da desigualdade compensadora e da criação de um sistema geral de preferências, tratados ao longo desta seção e que têm por finalidade possibilitar aos

²³⁷ A maioria dos acordos bilaterais é estabelecida entre grandes potências e países menos desenvolvidos. Isto demonstra o interesse de ambos em estabelecerem relações comerciais que sem dúvida trará benefícios recíprocos, pois do contrário, o ato voluntário que fundamenta os acordos bilaterais nem se quer existiria.

²³⁸ **Acordo da OMC**, Preâmbulo, §2º.

²³⁹ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional econômico ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 6.

²⁴⁰ Parte da doutrina entende de modo contrário, considerando que a partir da revisão das regras do GATT em 1991 e com o fim da Rodada Uruguai, este direito do desenvolvimento desapareceu juntamente com as normas comerciais mais benéficas aos países do Sul. Isto porque os princípios basilares de tal ramo do direito foram reduzidos a normas acessórias aplicadas de modo ocasional. Além disso, o tratamento oferecido por tais acordos é conferido até o momento em que os países se desenvolvessem, determinando prazos para tal. Não se sabe ainda o que acontecerá quando todos os prazos se exaurirem, mas o que se verifica é que este direito do desenvolvimento tem se enfraquecido em virtude das teorias neoliberais. In: VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional econômico ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 20.

países do Sul, ou países menos favorecidos economicamente, uma maior competitividade em relação aos países do Norte ou desenvolvidos. Isto garante aos países do Sul um tratamento especial que envolve desde a não aceitação das mesmas obrigações que os países do Norte assumem em acordos de livre comércio como o GATT até a promoção de seu desenvolvimento via transferência de tecnologia ou ajudas financeiras.²⁴¹ Este ramo do direito se diferencia do direito ao desenvolvimento, que é “o direito, *strictu sensu*, de cada um ou de cada país, a se desenvolver.”²⁴²

Sendo assim, percebe-se que os interesses e necessidades destes países menos favorecidos economicamente são levados em consideração, existindo esforços para sua integração ao sistema multilateral de comércio, podendo inclusive ser considerado este um tema central na Agenda da OMC. Mas em que sentido pode ser considerado este tratamento como uma exceção ao princípio da nação mais favorecida? Além disso, porque é relevante esta abordagem para a análise ora proposta?

A exceção ao princípio da nação mais favorecida ocorre a partir do momento em que para assegurar a tais países uma maior integração ao sistema comercial global, proporcionando o aumento de sua participação neste, as regras da OMC comportam diversos dispositivos favoráveis a estes, tendo uma atitude clara de discriminação, mesmo que justificados pela consideração da necessidade e interesse destes membros menos favorecidos. Geralmente, tais dispositivos envolvem diversas áreas e estabelecem um número menor de obrigações ou uma maior flexibilização destas para estes membros, assim como extensão de períodos de execução de medidas e a previsão de assistência técnica para estes.²⁴³ Em relação

²⁴¹ HERMITTE, Marie-Angèle. Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature. In: EDELMAN, Bernard., HERMITTE, Marie-Angèle, Ed. **L'Homme, la nature et le droit**. Paris: C. Bourgois, 1988, p. 270 e 271.

²⁴² VARELLA, Marcelo Dias. op. cit., p. 8.

²⁴³ Interessante verificarmos esta previsão de assistência técnica aos países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo, visto que se sabe que um dos maiores problemas em relação a efetividade do sistema da OMC e principalmente de seu órgão de solução de controvérsias é justamente a impossibilidade de alguns membros arcarem com os custos de um litígio que em geral conta com a participação de recursos

à análise proposta de confronto dos acordos bilaterais com a CNMF, importante a verificação deste ponto de exceção ao sistema a fim de se proceder ao enquadramento da justificativa de alguns dos acordos com base neste tratamento ou se estariam disfarçando uma realidade de uso inapropriado do mesmo.

Existe ainda um tratamento especial para os países em desenvolvimento que é acrescido de considerações adicionais em relação aos países menos avançados. Primeiramente será tratado o mais geral, que envolve todos os países fora da categoria de desenvolvidos, para fecharmos com o mais específico e assim estabelecer uma compreensão de toda a rede de articulação do mesmo.

1.3.1 Tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento

O tratamento especial e diferenciado para os países-membro em desenvolvimento foi considerado ao longo de diversas reuniões da Rodada de Doha, sendo que na Decisão sobre questões de implementação, de 14 de novembro de 2001, ficaram definidas as funções do chamado Comitê sobre Comércio e Desenvolvimento, dentre as quais está: a determinação de quais tratamentos são imperativos em face de outros não-vinculatórios e o estabelecimento das melhores formas de aplicação desse tratamento especial e diferenciado,²⁴⁴ além de sua incorporação ao arcabouço jurídico da organização.

Baseados na importância de tal tratamento diante da realidade dos membros de sua organização, o tratamento diferenciado e especial oferecido pode ser dividido em cinco modalidades: aumento das oportunidades de comércio; medidas de apoio ao desenvolvimento

humanos estrangeiros e caros pela falta de preparo de seus nacionais. Resta saber se esta assistência realmente se consubstancia em todos os momentos.

²⁴⁴ Interessante notar que dentre estas “melhores formas” está o fluxo de informações melhoradas, o que alguns países desenvolvidos eram contrários. “ (ii) “[...]examinar as maneiras adicionais em que o tratamento especial e diferenciado pode ser mais eficaz; a considerar as formas, incluindo **fluxos de informação melhorados**, em que países em desenvolvimento, sobretudo os países de menor desenvolvimento relativo, possam ser ajudados a fazer melhor uso dos dispositivos para tratamento especial e diferenciado[...]” **Decisão de Doha**, 14 de novembro de 2001.

econômico; períodos mais longos para a implementação; limitações a ações contra produtos originários dos países em desenvolvimento; assistência técnica.²⁴⁵ Lembrando que estas valem tanto para os países em desenvolvimento quanto para os menos avançados, mas que para estes últimos ainda há disposições adicionais.

a) aumento de oportunidades de comércio

A abordagem dedicada ao tratamento especial e diferenciado em função das considerações do nível de desenvolvimento dos Membros encontra-se positivada na Parte IV do GATT intitulada “Comércio e Desenvolvimento”. Esta parte é composta por três artigos, XXXVI, XXXVII e XXXVIII, os quais abordam os princípios e objetivos, os compromissos dos Membros e a proposta de uma ação coletiva por parte desses, respectivamente. Esta Parte IV do GATT, criada na Rodada Tóquio de 1979, surgiu como fruto do trabalho da UNCTAD de consolidação no direito internacional econômico dos princípios do desenvolvimento, do tratamento especial e diferenciado, da desigualdade compensadora e da não-reciprocidade em relação às concessões comerciais.²⁴⁶

Buscando oferecer melhores oportunidades de comércio para os países em desenvolvimento, o Artigo XXXVI, § 8º, incorporou ao corpo normativo do GATT o princípio da não-reciprocidade nas relações comerciais envolvendo países-membro em desenvolvimento e desenvolvidos: “Os Membros desenvolvidos não esperam reciprocidade para compromissos assumidos por eles nas negociações de comércio para reduzir ou remover tarifas e outras barreiras ao comércio de Membros em desenvolvimento.”

²⁴⁵ Esta divisão do tratamento especial e diferenciado em cinco modalidades é apresentada em CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO. **Curso sobre Solução de Controvérsias na Organização Mundial do Comércio**. Módulo 3.5. - GATT 1994. Nova York: Nações Unidas, 2003, p.12. Disponível em: <http://www.mre.gov.br/portugues/ministerio/sitios_secretaria/cgc/curso_unctad.asp> Acesso em: 14 mai. 06.

²⁴⁶ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional econômico ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 16.

Além disso, no Artigo XXXVII, § 1º, o primeiro compromisso assumido pelos Membros é o de dar prioridade à redução ou eliminação das barreiras comerciais de produtos de interesse dos países em desenvolvimento, mesmo que este interesse seja potencial, não impondo tarifas mais elevadas ou barreiras não-tarifárias ao comércio quando estabelecido com países em desenvolvimento.

Acompanhando estes artigos existe a “Enabling Clause” (Cláusula Habilitadora), que conforme já mencionado no início da análise das exceções admitidas pelo sistema, possui um papel importante e constitui uma forma de excepcionar a CNMF, tendo por objetivo justamente oferecer maiores oportunidades aos países em desenvolvimento em seu relacionamento comercial com países desenvolvidos. Esta Cláusula, também conhecida como *Differential and More Favorable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries*²⁴⁷, trata de modo mais aprofundado os dispositivos mencionados na Parte IV do GATT dispondo que “Não obstante os dispositivos do artigo I do Acordo Geral, os Membros podem concordar em conceder tratamento mais favorável e diferenciado aos países em desenvolvimento sem estender tal tratamento a outros Membros.”

Desta forma, possibilita aos países desenvolvidos a concessão de tratamento mais favorável a países em desenvolvimento, sendo uma desconsideração clara da CNMF. Para vários Membros as barreiras não-tarifárias são mais relevantes do que as tarifárias, razão pela qual este tratamento envolve também medidas não-tarifárias.

Este tratamento favorável e diferenciado foi muito utilizado sob o Sistema Geral de Preferências (SGP ou GSP do inglês *Generalized System of Preferences*) desde sua origem na UNCTAD em 1968.²⁴⁸ Até os dias atuais, parte do comércio de exportação de

²⁴⁷ Decision of 28 November 1979 on **Differential and More Favorable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries**, GATT, BISD 26S/203.

²⁴⁸ A Austrália foi o primeiro país a implementar este sistema em 1966, acompanhada pelas Comunidades Européias (01/07/1971), Japão (01/08/1971), Noruega (01/10/1971), Dinamarca, Suécia, Finlândia, Nova Zelândia, Grã-Bretanha e Irlanda (01/01/1972) e EUA (01/01/1976). BORGSMIDT, Kirsten. **The generalized system of preferences in favour of developing countries against the historical background in the light of**

vários países em desenvolvimento está inserida neste sistema, beneficiando-se do tratamento preferencial. Todavia, este não alcançou mais sucesso em virtude de que no momento de sua criação os países em desenvolvimento davam prioridade às suas ex-colônias ou a países em que precisassem exercer pressão, tendo em vista seu poder discricionário de escolher para quem destinar os benefícios, deixando de lado países menos desenvolvidos. Além disso, o SGP não tem garantido o acesso aos mercados dos países desenvolvidos em relação a produtos de maior valor agregado provenientes das nações menos desenvolvidas.²⁴⁹ Por todas estas razões, o SGP foi perdendo força ao longo das décadas de 1980 e 1990, não sendo mais considerado como hábil para o objetivo final de diminuir o fosso existente entre países menos e mais desenvolvidos.²⁵⁰

Em relação ao comércio de serviços, o aumento da participação dos países membros em desenvolvimento também é tema corrente, sendo inclusive tratado de modo específico no artigo IV do GATS. Neste dispositivo é mencionada a importância do estabelecimento de compromissos em áreas específicas como acesso à tecnologia, canais de distribuição e rede de informações, tendo em vista a facilitação da participação dos membros em desenvolvimento.²⁵¹

b) medidas de apoio ao desenvolvimento econômico

Visando o fim último de inserção dos países em desenvolvimento no comércio internacional, o aumento de oportunidades de participação no comércio não é suficiente, pois não muda a base do problema, qual seja a da desigualdade e

public international trade law and the new international economic order. Nordisk Tidsskrift: For 1 Ret, 1985, p. 55.

²⁴⁹ GRIMWADE, Nigel. **International trade policy: a contemporary analysis.** London: Routledge, 1996, p. 166.

²⁵⁰ NASSER, Rabi Ali. **A OMC e os países em desenvolvimento.** São Paulo: Aduaneiras, 2003, p. 254.

²⁵¹ Acordo GATS, art. IV, § 2º: “Developed country Members, and to the extent possible other Members, shall establish contact points within two years from the date of entry into force of the WTO Agreement to facilitate the access of developing country Members service suppliers to information, related to their respective markets [...]”

desproporcionalidade entre os Membros da OMC. Desta forma, medidas de apoio ao desenvolvimento econômico destes países menos favorecidos são necessárias até mesmo para a sustentabilidade do objetivo do oferecimento de tal tratamento e do sistema em si.

Partindo deste pressuposto é que o artigo XVIII do GATT foi estabelecido sob o título “Assistência Governamental ao Desenvolvimento Econômico”. Tal dispositivo trata da necessidade dos países em desenvolvimento de adotarem medidas protetoras a fim de viabilizarem a implementação de seus programas e políticas de desenvolvimento econômico, destacando-se os setores industriais e referentes à balança de pagamento.

Além disso, medidas de apoio ao desenvolvimento estão presentes em outros campos como o de subsídios, salvaguarda, agricultura e serviços. Em relação aos subsídios, o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC (SCM do inglês *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*) dispõe a respeito da possibilidade dos subsídios poderem desempenhar um papel fundamental nos programas de desenvolvimento econômico destes países menos favorecidos. Estabelece de modo claro que a restrição de concessão de subsídios à exportação não é aplicada aos países membros em desenvolvimento e com renda *per capita* abaixo de \$ 1000 por ano.²⁵²

Em relação às medidas de salvaguarda, o Acordo de Salvaguardas (*Agreement on Safeguards*) permite que o período de aplicação das mesmas seja diferenciado em relação aos países em desenvolvimento. O período normal é de oito anos, mas para tais membros é estendido por mais dois anos, além disso, podem repetir a aplicação da medida em relação ao mesmo produto, o que é defeso aos membros desenvolvidos.²⁵³

²⁵² **Artigo 27, § 2º e Anexo VII do Acordo SCM.** Esta possibilidade apresenta-se bastante ineficaz na prática, visto que um país com tal renda *per capita* dificilmente consegue subsidiar suas exportações. Sendo assim, a aplicabilidade deste tratamento resta inoperante.

²⁵³ **Artigo 9, § 2º do Acordo de Salvaguardas.** “A developing country Member shall have the right to extend the period of application of a safeguard measure for a period of up to two years beyond the maximum period provided for in paragraph 3 of Article 7. Notwithstanding the provisions of paragraph 5 of Article 7, a developing country Member shall have the right to apply a safeguard measure again to the import of a product which has been subject to such a measure, taken after the date of entry into force of the WTO Agreement, after

Por fim, existem as medidas referentes à agricultura (*Acordo Agrícola - Agreement on Agriculture*), por constituir um setor de relevância para os membros em desenvolvimento, e serviços (GATS), que trata da liberalização deste setor de forma mais branda para os países em desenvolvimento e que mais uma vez trata da balança de pagamento, mas condicionadas a determinadas circunstâncias conforme menciona o artigo XVIII do GATT. Em relação à agricultura, os países membros em desenvolvimento tem requisitos menos rígidos em relação a reduções de subsídios e tarifas de importação de produtos desta natureza. Para os países desenvolvidos a redução média exigida em relação à concessão de subsídios a produtos agrícolas é de 36 por cento ao passo que para os membros em desenvolvimento é de apenas 24.

c) períodos mais longos para a implementação

Estes períodos, também conhecidos como prazos adicionais, estão presentes em diversos Acordos da OMC, partindo do pressuposto de que os membros em desenvolvimento têm mais dificuldade na implementação de determinada obrigação e por essa razão deve ser oferecido um prazo adicional para os mesmos.

Exemplos destes prazos adicionais são encontrados no Acordo relativo a Aspectos de Direito de Propriedade Intelectual (TRIPS), em que ficou estabelecido que seus dispositivos seriam aplicados a partir de janeiro de 1996 aos países desenvolvidos, ao passo que para os países em desenvolvimento isto só seria necessário a partir de janeiro de 2000. Além disso, mais uma vez observa-se o tratamento diferenciado no setor agrícola, onde o prazo definido para os países em desenvolvimento cumprirem o compromisso de redução de preços foi de dez anos ao invés de seis, normalmente aplicados aos demais.²⁵⁴ Questiona-se

a period of time equal to half that during which such a measure has been previously applied, provided that the period of non-application is at least two years.”

²⁵⁴ Artigo 15, § 2º do Acordo sobre Agricultura.

muito a especificação de tais prazos adicionais, sendo que na Decisão da Conferência Ministerial de Doha sobre Implementação, datada de 14 de novembro de 2001, foram incorporados vários pontos voltados para a disposição destes prazos de modo mais específico nos acordos da OMC.

d) limitações a ações contra produtos originários dos países em desenvolvimento

Ainda como forma de tratamento especial e diferenciado, temos as restrições impostas em relação a produtos de origem de países em desenvolvimento, dispostas nos Acordos Anti-Dumping, Acordo de Salvaguardas e Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias (SMC). Tais acordos possuem em comum o questionamento do chamado “comércio justo”, buscando limitar ações que possam prejudicar o alcance deste comércio. Para isso, mencionam que, antes de aplicar as medidas oferecidas por cada um deles, qual seja, medidas antidumping, medidas de salvaguarda ou medidas compensatórias, deve ser considerada a situação especial dos países em desenvolvimento, caso estes sejam o alvo de alguma destas medidas, antes de aplicá-las. São os chamados remédios construtivos. Em relação a medidas de salvaguarda, esta regra não é aplicada contra produtos originários de países em desenvolvimento, havendo ressalva para o caso em que este país tenha uma participação acima de três por cento nas importações do produto.²⁵⁵

e) assistência técnica

A assistência técnica está prevista em vários acordos da OMC como o SPS, o TBT, o TRIPS, o Acordo sobre valoração aduaneira e o Entendimento relativo a regras e procedimentos que regulam a solução de controvérsias (DSU do inglês *Understanding on*

²⁵⁵ **Artigo 9, § 1º do Acordo de Salvaguardas.** Todavia, tais medidas podem ser aplicadas se a soma da participação de todos os países em desenvolvimento exceder nove por cento.

Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes). Todos estes acordos têm em comum a necessidade de conhecimento técnico para sua implementação e conseqüente eficácia. A ausência de tal assistência prejudica os membros em desenvolvimento até mesmo de usufruírem os resultados de sua participação no sistema da OMC. Tal assistência pode ser oferecida de modo bilateral, pelo país desenvolvido ou pelo Secretariado da OMC.

Muitos esforços têm sido feitos para o oferecimento de um aumento desta assistência, tendo em vista o também aumento da entrada de membros em desenvolvimento. Até mesmo o orçamento da OMC foi ampliado em função do lançamento de um programa direcionado para esta finalidade. Os membros desenvolvidos também ofereceram importantes somas ao Fundo da Agenda para Desenvolvimento de Doha.²⁵⁶

Além disso, o aumento da coordenação da OMC com outros organismos internacionais como o Banco Mundial, FMI e UNCTAD, tem sido fundamental para este aumento de assistência técnica, formando toda uma rede integrada que inclui até mesmo doações governamentais bilaterais. O estabelecimento de Centros de Referência em diversos países em desenvolvimento tem sido mais um instrumento utilizado pela organização a fim de prover uma maior assistência aos países em desenvolvimento. Em tais Centros são oferecidos computadores e programas de treinamento para acesso a documentos relacionados à organização. Em março de 2002, 109 Centros haviam sido estabelecidos em 88 países, sendo 54 na África, 16 no Caribe, 17 na Ásia, 10 no Oriente Médio, 10 no Pacífico, três na América Latina e dois na Europa Oriental.²⁵⁷

Buscando ainda oferecer maior assistência técnica aos membros menos favorecidos, o Secretariado da OMC auxilia os membros da OMC no que diz respeito à

²⁵⁶ Os fundos disponíveis para a assistência técnica teriam aumentado em 340 % de 1998 a 2002. SECRETARIADO DA OMC, **Folha de cooperação técnica**, 28 de março de 2002. Disponível em: <www.wto.org>

²⁵⁷ SECRETARIADO DA OMC, **Folha de cooperação técnica**, 28 de março de 2002. Disponível em: <www.wto.org> Pela análise do mapa nota-se que os Centros de Referência estão estabelecidos sobretudo nos países do Sul.

solução de controvérsias, desde que seja demandado. Todavia, reconhecendo a limitação deste Secretariado, o artigo 27, § 2º, do DSU estabelece que sejam designados peritos legais qualificados e disponíveis para auxiliar os países membros em desenvolvimento. Tais peritos desenvolvem um trabalho imparcial, que se restringe às fases preliminares. Existem ainda os Centros de Consultoria em Regras da OMC (*Advisory Centre*) responsáveis por conferir uma assistência jurídica eficaz aos Membros em desenvolvimento nos procedimentos para solução de controvérsias, tendo sido criado em paralelo à terceira Conferência Ministerial da OMC em Seattle, em 1º de dezembro de 1999, mas tendo sido aberto oficialmente em 5 de outubro de 2001, quando o Sr. Mike Moore, Diretor-Geral da OMC à época, disse: "pela primeira vez um centro de ajuda jurídica foi estabelecido dentro do sistema legal internacional, com vista a combater as possibilidades desiguais de acesso à justiça internacional entre os Estados". Tal Centro é uma organização intergovernamental inteiramente independente da OMC, funcionando como um escritório de advocacia especializado nas regras da OMC, que fornece serviços e treinamento legal exclusivamente aos países em desenvolvimento. Oferece assistência em todas as fases do litígio e seus custos são reduzidos. O primeiro trabalho realizado por este Centro ocorreu em 2001, quando prestou serviços ao Paquistão nos procedimentos do Órgão de Apelação relativos ao caso "Estados Unidos - *Cotton Yarn*".²⁵⁸

1.3.2 Tratamento especial e diferenciado para países menos avançados

Após verificarmos o tratamento geral oferecido aos países em situação menos favorável do que os desenvolvidos, o que engloba tanto os países em desenvolvimento quanto os menos avançados, será dado prosseguimento à análise do tratamento adicional oferecido a estes últimos, tendo em vista que compartilham de uma situação mais particular.

²⁵⁸ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO. **Curso sobre Solução de Controvérsias na Organização Mundial do Comércio**. Módulo 3.5. - GATT 1994. Nova York: Nações Unidas, 2003, p.12. Disponível em: <http://www.mre.gov.br/portugues/ministerio/sitios_secretaria/cgc/curso_unctad.asp> Acesso em: 14 mai. 06.

As oportunidades de comércio oferecidas a estes são ainda maiores do que as oferecidas aos países em desenvolvimento. Isto porque para os países menos avançados o posicionamento dos países desenvolvidos deve ser o de contribuir da melhor forma possível para melhorar o acesso destes ao comércio como a proposta de abolir completamente as tarifas para produtos originários destes países ainda menos favorecidos. Além disso, alguns dos compromissos admitidos pelos demais membros da OMC são menos rígidos em relação a estes.

Em relação às medidas de apoio ao desenvolvimento econômico, o Acordo SCM estabelece em seu artigo 27, § 2º, que a proibição de subsídios à exportação não se aplica aos membros menos avançados e o Acordo de Agricultura os exclui ainda da obrigação de reduzirem suas tarifas de importações de produtos de tal natureza e os subsídios nacionais oferecidos neste setor em seu artigo 15, § 2º.

Por fim, existem os períodos ainda mais longos oferecidos a estes membros para a implementação de alguns dispositivos, tendo em vista suas circunstâncias ainda mais especiais de limitações de ordem econômica e burocrática, o que implica a forte necessidade de um tratamento mais flexível. Em relação à Propriedade Intelectual, por exemplo, tais membros possuem um período de 11 anos para implementá-lo, ou seja, em janeiro de 2006, conforme o artigo 66, § 1º, do TRIPS.²⁵⁹

Conforme mencionado, o tratamento especial e diferenciado aos países menos desenvolvidos não é uma exceção no sentido técnico, mas é importante a abordagem dele dentre as exceções, visto que o uso do mesmo se aproxima muito do das derrogações técnicas. Todavia, além dos dispositivos que tratam de derrogações à CNMF outrora apresentados e deste tratamento diferenciado, existem outras exceções consideradas menos

²⁵⁹ Interessante notarmos que apesar do prazo pra implementação deste Acordo ser estendido, o mesmo não se aplica à obrigatoriedade do Tratamento da Nação Mais Favorecida e do Tratamento Nacional, princípios a serem respeitados desde a elaboração do Acordo.

relevantes para nosso estudo, mas que serão mencionados, mesmo que sucintamente como complemento à abordagem lacunosa dos dispositivos do acordo.

1.4 Demais exceções à CNMF

Além das exceções consideradas mais relevantes e utilizadas e do tratamento especial e diferenciado, tratados nas duas últimas seções, existem outras exceções à CNMF que merecem ser abordadas e que também são utilizadas como justificativa para a formação ou manutenção de diversos acordos bilaterais.

1.4.1 Exceção histórica

Os §§ 2º ao 4º do artigo I do GATT apresentam exceções em relação ao tratamento preferencial conferido por acordos históricos de boa vizinhança ou ligados a colonização e que devem ser mantidos por razões históricas. Como exemplo de tal tratamento, em 1972, a União Européia acordou a Convenção de Lomé, a qual apregoava a previsão das preferências coloniais no sistema preferencial ligado a África, Caribe e países do Pacífico (ACP grupo).²⁶⁰

1.4.2 Tráfico entre fronteiras

O artigo XXIV, § 3º, do GATT autoriza aos membros da OMC a acordarem vantagens com Estados limítrofes a fim de facilitar o tráfico de bens entre ambos. Esta exceção à CNMF também não apresenta problemas na prática.

²⁶⁰ SUTHERLAND, Peter (Chairman) et al. **The future of the WTO**. Addressing institutional challenges in the new millennium. Report by the Consultative Board to the Director-General Supachai Panitchpakdi. World Trade Organization, 2004, § 71.

1.4.3 Alocação preferencial de contingentes

A alocação preferencial de contingentes aos países que tenham um interesse substancial no comércio desses produtos está prevista no artigo XIII, §2º, alínea “d”. Tal exceção permite que os Estados imponham quantidades compatíveis com as regras do GATT, para certos produtos, repartindo o contingente de produtos de modo a atribuir preferências aos países que tenham um interesse substancial em fornecê-los. A repartição do contingente pode ser feita em função da contribuição total ao comércio de produtos no curso de um período anterior representativo.

1.4.4 Protocolo de acesso

Tratamentos preferenciais derogando o artigo I, § 1º, do GATT podem decorrer ainda em relação aos protocolos provisórios de acesso de novos membros. Tais protocolos são negociados entre os Estados candidatos a entrada e os membros da OMC dentro de um grupo de trabalho *ad hoc*, sendo baseado em acordos bilaterais preliminares concluídos com os parceiros comerciais mais importantes.²⁶¹ Durante as negociações, os países candidatos a membros da OMC podem ser levados a aceitar compromissos complementares em relação aos concluídos pelos membros originais da organização, que em geral estão relacionados à privatização de empresas estatais ou ainda adesão ao Acordo da OMC sobre mercados públicos. Entretanto, estes novos membros podem conseguir derrogações de algumas regras do GATT, tendo em vista sua situação de adaptação ao novo sistema.²⁶²

²⁶¹ Para uma explicação mais detalhada do procedimento de entrada de novos membros ver: OMC, **Accession à l'Organisation mondiale du commerce**. Procédures à suivre dans les négociations au titre de l'Article XII. Note du Secrétariat, WT/ACC/1, 24 mars 1995.

²⁶² Um resumo dos dispositivos particulares relativos aos protocolos de acesso podem ser encontrados em: Secretariado da OMC – WT/ACC/7/Ver 2 – du 1 novembre 2000.

1.4.5 Defesa contra práticas desleais

Considerada por parte da doutrina como uma falsa exceção, a defesa contra práticas desleais pode ser enquadrada como uma derrogação do artigo I, § 1º, do GATT, pelo fato de que as medidas tomadas pelos membros contra práticas desleais como dumping ou subvenções podem ser impostas em relação a mercadorias de origem de certo país a exclusão de outros. Todavia, para os que não consideram tais práticas como exceções, esta interpretação não é a mais correta, argumentando-se que as medidas antidumping e anti-subsídios seguem condições de fundo e procedimento para poderem ser adotadas. Em consequência elas não podem ser aplicadas a não ser em casos de importações onde se constate práticas comerciais desleais, excluindo-se todas as outras importações. De acordo com este entendimento, o fato de tratar de modo diverso diferentes situações não constitui por si uma discriminação e por esta razão não viola o princípio da não-discriminação.²⁶³

Todavia, deve ser ainda considerado que os Estados podem exercer atos discriminatórios, quando da decisão de se defender contra determinada prática tida como desleal, excluindo outras consideradas equivalentes. Isto porque é observado que os Estados impõem tais medidas de modo discricionário, uma vez que são suas indústrias domésticas que o fazem por terem a iniciativa de queixa. Este é um questionamento que ultrapassa a análise estritamente jurídica, mas sendo bastante relevante por demonstrar que uma real discriminação ocorre em relação aos exportadores de países onde os produtores foram incluídos na reclamação. A solução encontrada para evitar ou ao menos reduzir a discriminação é a imposição de uma investigação que não excluísse nenhuma das importações do produto, ou seja, independente da origem deste, e somente a partir desta se poderia concluir pela imputação de causa ou ameaça de prejuízo grave à prática considerada desleal.

²⁶³ LUFF, David. *Le droit de l'organisation mondiale du commerce*. Analyse critique. Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 63.

Desta forma, o caráter seletivo da medida concerne à aplicação, mas não ao campo de investigação.²⁶⁴

A análise do sentido da CNMF no universo de relações econômicas internacionais dinâmicas e ao mesmo tempo previsíveis foi interessante, no sentido que demonstra ter esta um papel fundamental nas relações comerciais entre os Estados, principalmente no sistema multilateral de comércio regulado pela OMC, mesmo admitindo diversas derrogações e exceções. Importante ressaltar que a justificativa oferecida para tais derrogações e exceções, qual seja, a da busca por uma equalização de níveis de desenvolvimento e oportunidades não é mais vista de forma absoluta. Isto porque os princípios consolidados na Rodada Tóquio têm sido sensivelmente reduzidos nos Acordos de Marrakech, devido à nova visão de desenvolvimento internacional que os acompanhou. Esta visão está fundamentada na crença de que a expansão comercial é necessária para a promoção do desenvolvimento, não sendo mais preciso a instituição de políticas compensadoras de desigualdades que impliquem discriminações, mesmo que positivas.²⁶⁵ Em outras palavras, admite-se tais exceções e derrogações desde que implicassem expansão comercial, independente de efeitos suplementares como a compensação de desigualdades.

Entretanto, mesmo sabendo de todas as falhas em relação à observância dos princípios orientadores do sistema e da própria justificação destas estar perdendo o sentido de ser, é admitido o pressuposto de que as regras da OMC são imbuídas de lacunas e possibilidades de estabelecimento de acordos e políticas que em um primeiro momento podem parecer contrárias a toda lógica do sistema multilateral, mas que conforme será demonstrado, pela proliferação e exemplo dos acordos bilaterais, podem sim conviver dentro dos limites oferecidos sem serem necessariamente uma oposição.

²⁶⁴ Para maiores informações ver: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Grupo Especial “Estados Unidos – mesure de sauvegarde transitoire appliquée aux fils de coton peignés en provenance du Pakistan”, WT/DS192/R, 31 mai. 2001, § 7.126 a 7.131.

²⁶⁵ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional econômico ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 139.

2 Situações de harmonização dos acordos bilaterais com a CNMF

A compreensão das exceções a CNMF servirá de base para o prosseguimento do estudo, visto que estas são meios de justificação de diversos acordos bilaterais, conforme será verificado a seguir.

A proposta de demonstração de uma harmonização dos acordos bilaterais com a CNMF é a apresentação de três situações em que estes acordos se enquadrariam em contexto de exceção por serem membros em desenvolvimento ou por objetivarem um acordo regional futuro, ou ainda exceções por se tratarem de temas tidos como não-comerciais abordados em parte pelo artigo XX ou ainda por se relacionarem a situações específicas em que acordos multilaterais não seriam possíveis em razão da especificidade de cada Estado como é o caso dos investimentos. Neste último caso, houve a tentativa de estabelecimento de um acordo multilateral, mas esta restou frustrada por razões que ultrapassam a análise técnico-jurídica conforme será verificado.

2.1 Acordos discriminatórios enquadrados nas exceções do sistema OMC por razões de adaptação às disparidades dos membros ou por objetivarem acordos regionais

Figura I – Situação dos acordos relativos a disparidades dos membros e acordos regionais



O princípio da não-discriminação não é absoluto, possuindo algumas limitações. Sendo assim, conforme verificado, certas discriminações são admitidas e legitimadas pelo sistema. A justificativa para a possibilidade de tal tratamento discricionário está na defesa de um interesse geral, além da conciliação de outros princípios também importantes. Tais discriminações são consideradas positivas, consistindo em aceitar algumas desigualdades jurídicas a fim de restabelecer a igualdade de oportunidades.

Conforme verificado pela abordagem das exceções, apesar de estar em desacordo com o importante princípio da não-discriminação, a OMC e mais especificamente o GATT, possuem, de modo explícito, artigos que admitem práticas discriminatórias e o abandono da CNMF em circunstâncias particulares. Tais artigos podem ser aplicados em duas situações: por razões funcionais e por classes ou Membros isentos da observância de certas obrigações.

Por razões funcionais, o mais importante dos dispositivos é o artigo XXIV, prevendo a formação de uniões aduaneiras ou zonas de livre comércio, hoje também conhecidas como PTAs (*Preferential Trade Agreements*), de acordo com certas condições. Além deste artigo, implicando exceção por causas funcionais, existem ainda dispositivos relacionados a ações discriminatórias contra importações e salvaguardas.

Já nas ações discriminatórias aceitas em função dos Membros envolvidos, temos o tratamento especial e diferenciado previsto desde o GATT original, conferindo aos países em desenvolvimento, regras especiais, como o artigo XVIII, estabelecendo menor onerosidade nas obrigações em razão de balança de pagamento e desenvolvimento de indústria nascente.²⁶⁶

As exceções previstas no sistema devem ser administradas com cautela, tendo em vista a preservação dos princípios básicos. Sendo assim, verifica-se que os acordos

²⁶⁶ LUFF, David. **Le droit de l'organisation mondiale du commerce**. Analyse critique. Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 52.

bilaterais juntamente com a formação de blocos econômicos podem sim contribuir para o objetivo final da organização, qual seja da liberalização, sem ferir seus princípios basilares.

A iniciativa destes agrupamentos tem ganhado força e isto tem sido bastante positivo para os países em desenvolvimento. Exemplo disto foi o Acordo estabelecido entre o Mercosul e a China, que trouxe maior consolidação ao bloco assim como atendeu às estratégias de ambos os parceiros de manter relações comerciais entre as duas economias. Todavia, ficou estabelecido de forma clara pelas autoridades de ambos, que tais iniciativas não substituiriam as negociações multilaterais no âmbito da OMC. O vice-presidente chinês, Zeng Qinghong chegou a indicar que os dois países estariam estabelecendo os acordos com vista a fomentar a cooperação em benefício mútuo sobre a base de "um país, dois sistemas" assim como na OMC.²⁶⁷

Sendo objetivo deste capítulo a verificação da convivência dos acordos bilaterais com a CNMF, propõe-se o estudo de um acordo deste tipo e que estaria enquadrado como exceção positivada pelo sistema. Sendo assim, por ser um fenômeno comum e relevante e por em geral envolver diversos acordos bilaterais, trataremos da situação de formação de acordos regionais, sendo que a priori será feita uma sucinta, mas necessária explanação a respeito do procedimento pelo qual tais acordos devem passar.

2.1.1 Procedimento de derrogação para os acordos comerciais regionais

O artigo XXIV do GATT e o artigo V do GATS autorizam derrogações de alguns dispositivos da OMC, entre eles o artigo I, § 1º, do GATT, de acordo com certas condições. Tais derrogações permitem aos membros a adoção de medidas preferenciais entre eles violando a CNMF. Conforme mencionado, a justificativa para tal autorização é a idéia

²⁶⁷ Informações disponíveis em : <www.ccibc.com.br/pg_dinamica/bin/pg_dinamica.php?id_pag=517> Acesso em: 30 abr. 06.

subjacente de reforçar os processos de integração regional, contribuindo para a expansão do comércio internacional e favorecendo o comércio entre os Estados envolvidos.

Existem dois tipos de acordos dentro destes processos de integração: acordos de alcance regional e acordos de alcance parcial. Nos acordos de alcance regional todos os membros participam, ao passo que nos de alcance parcial, somente alguns membros participam, sendo utilizados como forma de aprofundamento do processo de integração regional, tendo em vista que buscam uma progressiva multilateralização.

Quando dois ou mais Estados decidem firmar um acordo tendo por base o uso de uma derrogação deste tipo, um procedimento específico é aplicado no âmbito do Comitê de acordos comerciais regionais da OMC.²⁶⁸ Tal Comitê foi criado em substituição aos antigos grupos de trabalho *ad hoc* estabelecidos no quadro do GATT 1947 e possui como função o exame de acordos sob o controle do Conselho do comércio de mercadorias no referente ao artigo XXIV do GATT e do Conselho do comércio de serviços no referente ao artigo V do GATS.²⁶⁹

O procedimento para o comércio de bens é diferente do utilizado para o de serviços, sendo ainda diverso do utilizado em relação a consideração dos países em via de desenvolvimento. Como o foco de análise se encontra no artigo XXIV do GATT, restringe-se a análise procedimental a este.

A primeira condição a ser considerada é a de que tais acordos devem possuir como objetivo a constituição de uma união aduaneira ou de zona de livre comércio²⁷⁰, sendo utilizados para a liberalização das trocas entre os Estados que comporão tais processos de integração. Sendo assim, deve ser demonstrado que tal acordo é necessário para o

²⁶⁸ Para maiores informações a respeito da criação e papel deste Comitê ver: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Grupo Especial. “Turquia- Restrição a importação de produtos têxteis e roupas”, WT/DS34/R, 31 mai. 1999, §§ 2.2 a 2.9.

²⁶⁹ LUFF, David. **Le droit de l’organisation mondiale du commerce**. Analyse critique. Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 1004.

²⁷⁰ Artigo XXIV, § 5º do GATT.

estabelecimento do processo de integração e não será utilizado como obstáculo aos demais Estados. Vale ressaltar que, uma vez formado o processo de integração, novas derrogações não são admitidas por não serem necessárias ao estabelecimento do processo, já existente.²⁷¹

Os acordos pretendidos, mesmo que provisórios, devem ser notificados ao Conselho do comércio de mercadorias antes de sua entrada em vigor, conforme o artigo XXIV, § 7º (a), do GATT. Nos casos dos acordos provisórios, tais notificações devem ainda ser compostas pelos planos elaborados para a formação da união aduaneira ou zona de livre comércio, inclusive com os prazos para tal. Algumas linhas diretivas são estabelecidas para facilitação do processo de exame do acordo.²⁷²

Tendo sido notificado um acordo, o Conselho do comércio de mercadorias encaminha ao Comitê de acordos comerciais regionais o exame dos fatos em conformidade com os seguintes pontos:

a) verificar se o acordo não aumenta as tarifas aplicadas²⁷³ aos Estados terceiros ou se não torna os regulamentos comerciais dos Estados parte ainda mais rigorosos;

b) nos casos dos acordos provisórios, verificar se na notificação estão incluídos os planos de formação da futura união aduaneira ou zona de livre comércio e se os prazos são razoáveis. Caso não existam tais elementos ou se forem considerados insuficientes, o comitê pode pedir sua elaboração ou revisão.²⁷⁴

As tarifas podem ser ainda negociadas caso estejam acima das consolidadas nas Listas de Concessões. Tais negociações permitem que os Membros que possuam interesses como principais fornecedores ou que tenham um interesse substancial, negociem

²⁷¹ Ver Relatório do Órgão de Apelação do caso “Turquia- Restrição a importação de produtos têxteis e roupas” WT/DS34/AB/R, 22 outubro de 1999, § 52 e 58.

²⁷² Ver OMC, Comitê dos acordos comerciais regionais, **Lignes directrices concernant les procédures destinées à améliorer et à faciliter le processus d'examen**. WT/REG/W/15, 6 maio de 1997.

²⁷³ Tarifas aplicadas se distinguem das consolidadas, podendo aumentar quando da constituição da união aduaneira ou zona de livre comércio, não podendo ultrapassar as consolidadas nas listas de concessões. Entendimento sobre a interpretação do artigo XXIV do GATT 1994, § 2º.

²⁷⁴ Artigo XXIV, § 7º (b) do GATT.

compensações tarifárias visando um equilíbrio recíproco e mutuamente vantajoso das concessões tarifárias.

Cumprida as etapas de exame e negociação, o Comitê de acordos comerciais regionais deve encaminhar um relatório ao Conselho do comércio de mercadorias expondo suas constatações. Pode ainda formular uma recomendação no caso dos acordos que não estejam em conformidade com todas as condições, ou ainda para os acordos provisórios pode recomendar medidas necessárias para a formação das futuras zonas de livre comércio ou união aduaneira, inclusive com um calendário. O Conselho encaminha tais recomendações aos Membros da OMC que comporão o acordo e caso se verifique que não é possível o cumprimento de tais recomendações, as partes do acordo devem se abster de colocá-lo em vigor até o cumprimento do recomendado.²⁷⁵ Na prática, em relação à compatibilidade dos acordos com as regras da OMC, não existem muitas conclusões definitivas derivadas deste procedimento. Analisando-se os relatórios anuais do Comitê de acordos comerciais regionais correspondente ao período de 1996 a 2002, a única constatação conclusiva foi no caso da união aduaneira estabelecida em 1994 entre a República Tcheca e a República Eslováquia.²⁷⁶

Vale ressaltar que os membros da OMC podem ainda aceitar a constituição de uma zona de livre comércio ou união aduaneira que não respeitem inteiramente as condições estabelecidas pelo artigo XXIV do GATT por maioria de dois terços conforme o § 10º, deste mesmo artigo.

A supervisão das uniões aduaneiras e zonas de livre comércio estabelecidas e dos planos de estabelecimento destas é feita, na prática, pelo Comitê de acordos comerciais regionais, mas cabe ao Conselho de comércio de mercadorias, juntamente com os Estados integrantes de tais acordos, que deverão encaminhar a este Conselho a cada dois anos relatórios que exponham eventuais modificações ou novidades em relação a estas, a

²⁷⁵ Artigo XXIV, § 7º (a) e (b) do GATT.

²⁷⁶ WT/REG/2 à 11

verificação se as recomendações e as condições do artigo XXIV estão sendo seguidas. No caso dos acordos provisórios, qualquer mudança em relação ao plano também deve ser notificada a este Conselho de modo imediato.²⁷⁷

2.1.2 O Acordo de estabelecimento da União Européia

O exemplo mais clássico de aplicação do artigo XXIV do GATT refere-se ao regime preferencial estabelecido entre os Estados membros das Comunidades Européias. Quando da conclusão do Tratado de Roma, ainda em vigor o GATT 1947, os Estados notificaram os demais Estados-parte do GATT.²⁷⁸ Quando entrou em vigor a tarifa aduaneira comum e a cada nova adesão, as Comunidades procederam a consultas e procedimentos regulares com os demais membros da OMC. No referente à adesão de novos membros às Comunidades Européias, a prática comunitária é de alinhar as tarifas aduaneiras dos novos membros com a tarifa comum. Este método tem o efeito de reduzir os direitos aduaneiros desses países, todavia, em alguns casos, como Áustria e Suécia, o efeito foi inverso, aumentando algumas posições tarifárias. Várias negociações ocorreram em função disto, mas com poucas conclusões, tendo o procedimento de notificação e exame do Conselho e do Comitê sido bastante criticado e considerado insuficiente.²⁷⁹

²⁷⁷ Artigo XXIV, § 7º (c) do GATT.

²⁷⁸ Relatório do sub-grupo B (restrições quantitativas) da Comissão do GATT responsável por examinar o Tratado instituindo a Comunidade Econômica Européia, adotado em 29 de novembro de 1957, IBDD S6/74, P. 84 e 85.

²⁷⁹ Relatório das reuniões do Comitê dos acordos regionais da OMC relativos ao alargamento da CE. WT/REG3/M/ 1 à 8.

2. 2 Acordos discriminatórios enquadrados nas exceções do sistema OMC por se tratar de temas ou áreas não-comerciais

Figura II – Situação dos acordos relativos a temas ou áreas não - comerciais



A liberalização do comércio busca a manutenção da paz e o favorecimento de um desenvolvimento sustentável. Esta é a finalidade da OMC, explicitamente declarada no preâmbulo do Acordo de Marrakech.²⁸⁰ O direito do comércio internacional não tem possibilidade de alcançar um caráter global, no sentido de abrangência de temas e atores. Sendo assim, diante da dificuldade de análise e tratamento de temas que não tocam diretamente o comércio, a OMC reserva a cada um de seus membros, a regulamentação destes, assim como a busca do equilíbrio em relação às demais regras.

Estes temas ou áreas que não tocam diretamente o comércio são denominados pela doutrina como “temas não-comerciais”, que apesar de serem objeto de preocupação da população mundial, não são abordados diretamente pela OMC, até porque envolvem considerações de cunho social e político que ultrapassam a esfera de competência desta organização.

Como forma de ilustração de tais temas, optou-se pela seleção de três das políticas não-comerciais mais polêmicas e que certamente têm sido objeto de discussão e reflexão na OMC, principalmente na Rodada Doha, quais sejam: **proteção do meio-**

²⁸⁰ Preâmbulo do Acordo de Marrakech, primeira e terceira considerações.

ambiente, proteção de pessoas, envolvendo proteção do consumidor e direitos sociais e a defesa da cultura e dos conhecimentos tradicionais.²⁸¹

Dizer que o direito da OMC é indiferente a estes temas considerados não-comerciais não está correto. Até porque tais temas são regidos por políticas nacionais ou acordos bilaterais que muitas vezes estão em conflito com alguns dos princípios da organização e até mesmo com seu objetivo final de liberalização comercial. Buscando um equilíbrio entre estes pontos é que a jurisprudência dos grupos especiais e do Órgão de Apelação é utilizada, de forma a conferir eficácia a tais políticas ou acordos sem macular os objetivos do comércio internacional. Enfim, vale ressaltar que ao mesmo tempo em que são tratados com flexibilidade, visando à adaptação destes aos demais dispositivos da OMC, os acordos bilaterais e políticas nacionais versando sobre tais áreas só serão aceitos se estabelecidos dentro de limites.

2.2.1 A proteção do meio ambiente

Partindo do reconhecimento de que o comércio internacional pode contribuir para a proteção do meio ambiente, uma vez que pela Teoria das Vantagens Comparativas pode se alcançar uma gestão ótima dos recursos naturais, além da diminuição de fatores de degradação do meio-ambiente como a pobreza e o subdesenvolvimento.²⁸² Por outro lado, a evolução do comércio internacional pode ser prejudicial ao meio ambiente, tendo em vista a possibilidade de contribuição para o crescimento da produção industrial e consumo, que podem destruir recursos naturais, excedendo a capacidade humana de os

²⁸¹ A análise da doutrina que aborda a OMC demonstrou que vários autores simplesmente ignoram estes temas por considerarem os mesmos fora da esfera da OMC. Todavia, os autores que os mencionam, defendem o ponto de vista de que tais políticas podem não ter um efeito direto, mas não podem ser totalmente desconsideradas da análise do sistema multilateral de comércio.

²⁸² Fatores de pobreza e subdesenvolvimento são considerados como prejudiciais ao meio ambiente pela conseqüente urbanização não planejada, desertificação e práticas agrícolas e industriais pouco ecológicas. LUFF, David. *Le droit de l'organisation mondiale du commerce*. Analyse critique. Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 1050.

controlar. Neste sentido, percebe-se que políticas e acordos versando sobre a proteção do meio ambiente são necessários e até mesmo indispensáveis para a continuidade deste comércio internacional.

Desta forma, a conjugação de objetivos comerciais aos de desenvolvimento econômico e gestão racional e durável do meio ambiente deve ser a base destes acordos e políticas, sendo o desenvolvimento sustentável uma noção defendida pela comunidade internacional²⁸³ e presente no preâmbulo do Acordo de Marrakech.

Na apreciação das exceções ao princípio da não-discriminação realizada no capítulo II, percebe-se que o tema do meio ambiente está incluído no artigo XX do GATT, mais especificamente as alíneas (b) e (g), que autorizam medidas restritivas ao comércio relacionadas à defesa ou preservação do meio ambiente. Os dois casos mais relevantes da utilização de tais exceções são os relacionados à gasolina²⁸⁴ e aos camarões²⁸⁵, sendo interessantes pela demonstração de uma evolução do tratamento de tais exceções com a finalidade de consideração do objetivo de um desenvolvimento sustentável.²⁸⁶

Vale ainda considerar que a jurisprudência da OMC incentiva a conclusão de acordos e políticas relacionadas à proteção do meio ambiente, visto que, na definição do critério de boa-fé presente no *caput* do Artigo XX, estabeleceu-se que este é determinado pelo ponto de equilíbrio entre a liberalização do comércio e a proteção do objetivo não comercial visado pela medida contestada. Sendo que se tal medida foi adotada em razão de algum acordo entre as partes ou convenção internacional existente, a boa-fé é presumida. Tal

²⁸³ Tal noção pode ser verificada no Princípio 12 da Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento de 1992: “ Os Estados devem cooperar para promover um sistema econômico internacional aberto e favorável, próprio a alcançar um crescimento econômico e um desenvolvimento durável em todos os países, que permitirá o aperfeiçoamento da luta contra os problemas de degradação do meio ambiente. As medidas de política comercial motivadas por considerações relativas ao meio ambiente não devem constituir um meio de discriminação arbitrária ou injustificável, nem uma restrição disfarçada de trocas internacionais. [...]”

²⁸⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO Relatório do Órgão de Apelação. “Estados-Unidos – Gasolina”, WT/DS2/AB/R, 29 abr. 1996.

²⁸⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. “Estados-Unidos – Camarões”, WT/DS58/AB/R, 12 out. 1998.

²⁸⁶ Para maiores informações a respeito desta evolução ver: LUFF, David. Op. cit., p. 1051 e 1052.

exceção prevista no artigo XX demonstra a intenção do legislador de conciliar os objetivos de liberalização comercial com a proteção do meio ambiente, sendo que a análise da jurisprudência demonstra o tratamento cada vez mais flexível conferido à mesma.²⁸⁷

A questão da compatibilidade das normas da OMC com as medidas comerciais relacionadas aos Acordos Multilaterais de Meio Ambiente (AMMA) tem sido considerada incerta. Atualmente existem cerca de 24 AMMA's autorizando os Estados a adotarem medidas restritivas ao comércio visando à proteção dos recursos naturais.²⁸⁸

O Protocolo de Montreal sobre substâncias que empobrecem a camada de ozônio, de 16 de setembro de 1987, é um exemplo de um AMMA que impede a importação de substâncias prejudiciais à camada de ozônio ou produtos contendo tais substâncias de origem de Estados que não são parte do Protocolo.²⁸⁹ Além deste existe também a Convenção de Bali sobre o movimento transfronteiriço e eliminação de dejetos perigosos, de 22 de março de 1989, impedindo que as partes exportem dejetos para outros Estados, caso não se saiba se estes serão gerenciados de acordo com métodos ecologicamente racionais.²⁹⁰ A problemática de tais acordos que exigem a adoção de métodos de gestão ecologicamente racionais é a de que forcem tais Estados a adotarem políticas e métodos que não tiveram como base uma adesão anterior dos Estados que não são parte da Convenção.

A OMC não tem por objetivo o estabelecimento de um quadro fechado que sirva de restrição ao estabelecimento de políticas de meio ambiente, até porque se mostra impossível ao sistema comercial internacional a manutenção de um arsenal de normas destinadas a regular os temas de meio ambiente como um todo. A organização não impede

²⁸⁷ LUFF, David. **Le droit de l'organisation mondiale du commerce**. Analyse critique. Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 1053.

²⁸⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Comitê de comércio e meio ambiente. **Acordos comerciais de meio ambiente. Evolução recente**. Nota do Secretariado, WT/CTE/W/151, 29 jun. 2000. Interessante notar que acordos de caráter discriminatório não são apenas os bilaterais ou regionais, visto que neste caso, mesmo o acordo sendo multilateral é considerado discriminatório por não envolver todos os Estados afetados pelas medidas restritivas.

²⁸⁹ Artigos 4.1 e 4.3 do Protocolo de Montreal.

²⁹⁰ Artigo 4.2. da Convenção de Bali.

seus membros de manterem um alto nível de proteção ambiental, reconhecendo a necessidade de medidas restritivas ao comércio em alguns casos. O que busca, entretanto, é que todas as medidas relativas ao meio ambiente e que influenciem o comércio sejam objeto de discussão com os demais membros da organização, tolerando os resultados desta consertação.²⁹¹

Percebe-se, portanto, que acordos discriminatórios por estabelecerem medidas restritivas que configuram violações ao princípio da não-discriminação são admitidos pelo sistema dentro de suas exceções, sendo justificados pela busca do desenvolvimento sustentável e adquirindo uma importância cada vez maior como as normas do *Codex alimentarius*, que apesar de não obrigatórias, são úteis na determinação da licitude de uma medida sanitária, que também deverá estar de acordo com o Acordo SPS da OMC.²⁹²

Uma Comissão de Comércio e Meio Ambiente foi criada pelo Conselho Geral da OMC, tendo por objetivo a identificação de todas as relações envolvendo comércio e meio ambiente, fazendo recomendações de modificação de dispositivos na busca por uma interação harmoniosa entre as medidas. Enfim, deve ser ressaltado que a OMC encoraja medidas de proteção ao meio ambiente, desde que sejam notificadas e compiladas em banco de dados do Secretariado da organização. Todavia, esta é uma área bastante complexa devido às implicações políticas e econômicas envolvidas. Este tema tem sido tratado na Rodada Doha, sendo que, na Conferência Ministerial de novembro de 2001, foi reforçada a importância das negociações relacionadas à melhora da cooperação entre a organizações e demais organismos internacionais e mais interação entre os acordos multilaterais de meio ambiente e as normas da OMC.²⁹³

²⁹¹ LUFF, David. **Le droit de l'organisation mondiale du commerce**. Analyse critique. Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 1079 e 1080.

²⁹² Artigo 3, § 2º do Acordo SPS.

²⁹³ OMC, Conferência ministerial, Doha, Declaração ministerial, adotada em 14 de novembro de 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, 20 de novembro de 2001, pontos 31 a 33 e 51.

2.2.2 A proteção de pessoas

A proteção de pessoas está diretamente relacionada ao desenvolvimento sustentável defendido pela OMC, tendo sido considerada como objeto principal na busca pelo desenvolvimento e diminuição da pobreza.²⁹⁴ Os governos têm legitimidade para implementar políticas e estabelecer acordos que objetivem preservar a saúde, segurança e o bem-estar de seus cidadãos. A OMC confere a seus membros certa flexibilidade na determinação destas políticas e no estabelecimento destes acordos que possuem uma interface com outros três sub-temas quais sejam: a proteção da saúde das pessoas, envolvendo desde a segurança dos produtos comercializados até o acesso à saúde; a proteção do consumidor no sentido *stricto*, ou seja, em relação ao direito de informação e normas de qualidade; proteção dos direitos sociais, que sem dúvida é o tema mais polêmico e que envolve direito do trabalho.

Começando pela proteção da saúde das pessoas, deve ser considerado que esta proteção dependerá dos produtos e serviços oferecidos aos cidadãos, sendo o benefício dos serviços de saúde e o acesso a medicamentos, elementos indispensáveis. O direito da OMC parte deste princípio e busca flexibilizar-se a fim de acomodar as diversas políticas e acordos, com algumas dificuldades práticas, principalmente de interpretação.

Medidas relacionadas à proteção da vida e da saúde das pessoas são objeto de exceções previstas no artigo XX, alínea (b) do GATT, sendo que conforme verificado no capítulo II deste estudo, elas devem estar de acordo com o *caput* deste mesmo artigo, ou seja, devem possuir o caráter de boa-fé.

Em relação à proteção dos consumidores, deve ser considerado de modo preliminar que a proteção pretendida é em relação ao consumidor como agente econômico frágil frente aos comerciantes, considerados pólo forte da relação comercial. Além disso, o

²⁹⁴ Tal posicionamento foi claramente defendido na Declaração do Rio de 1992: “ [...] os seres humanos são o centro das preocupações relativas ao desenvolvimento sustentável. Eles têm direito a uma vida sadia e produtiva em harmonia com a natureza.” Princípio 1º da Declaração do Rio sobre o meio ambiente e desenvolvimento.

jogo de forças presente neste mercado não é equilibrado sendo necessária a intervenção do legislador para evitar excessos. A proteção do consumidor está relacionada com a imposição de normas de qualidade aos produtos e serviços oferecidos a estes, exigência de fornecimento de informações claras e precisas em relação aos produtos e serviços, desenvolvimento de regras prudentes para setores de serviços como financiamento e seguridade e estabelecimento de regras gerais relativas à atuação honesta no aspecto concorrencial.²⁹⁵

Em relação às políticas de proteção de consumidores, as regras da OMC se caracterizam por um aspecto de tolerância e até mesmo encorajamento desde que não sejam restrições disfarçadas ao comércio. Um dos problemas práticos relacionados a esta área diz respeito à dificuldade encontrada na distinção entre normas de qualidade e normas de segurança dos produtos alimentícios e a interpretação do termo necessário em relação aos serviços, sendo que mais uma vez os princípios da boa-fé e da proporcionalidade são essenciais para a aplicação das normas relacionadas. Enfim, constata-se a partir da análise das normas da OMC concernentes ao direito do consumidor que estas buscam defender um mercado transparente e eficaz, aliando proteção do consumidor e liberalização comercial, admitindo exceções ao princípio da não-discriminação.

Por fim existem os direitos sociais, que diferentemente da proteção da saúde e meio ambiente não possuem nenhum dispositivo que os mencione de modo específico dentro do sistema da OMC. A única disposição relacionada ao tema é a prevista no artigo XX, alínea (e) do GATT, que reconhece a legitimidade das medidas restritivas em relação a produtos fabricados nas prisões. Uma grande problemática que acompanha o tratamento dos direitos sociais dentro das relações comerciais é a da utilização destes como base de defesa de práticas protecionistas por parte dos países desenvolvidos frente aos países em desenvolvimento. Isto coloca em choque a proteção dos direitos humanos e sociais e a

²⁹⁵ LUFF, David. **Le droit de l'organisation mondiale du commerce**. Analyse critique. Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 1105.

vantagem comparativa dos países em desenvolvimento no que concerne à mão-de-obra mais barata. A menção a estes direitos sociais é vista, portanto, como uma violação à liberdade comercial, visto que pode ser utilizada como uma forma ilegítima de correção de vantagens comparativas.²⁹⁶

Temas relacionados à proteção das pessoas são objetos de muitas discussões entre os membros da OMC. Diferentemente do estabelecido em relação ao meio ambiente, não foi estabelecida uma Comissão para tratar diretamente dos direitos sociais, sob o argumento de que isto poderia ser considerado uma invasão à competência estabelecida para a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em relação ao direito do trabalho. A questão mais controvertida é a que se refere à inclusão de uma “Cláusula Social” no sistema da OMC, que permitiria a utilização do mecanismo de solução de controvérsias desta organização para a solução de litígios comerciais relativos a direitos sociais. Mas a instituição desta cláusula parece improvável.²⁹⁷

2.2.3 Defesa da cultura e dos conhecimentos tradicionais

A análise da interface existente entre política cultural, conservação de tradições e o direito da OMC é bastante complexa. Isto porque temas relacionados à defesa das culturas e conhecimentos tradicionais podem ser utilizados como exceções aos dispositivos da OMC, visto que os governos possuem um interesse legítimo na promoção de políticas ligadas à educação, reforço da identidade cultural, assim como apoio aos produtos culturais e artísticos produzidos em seu território.

As políticas defendidas com esta finalidade estão relacionadas ao apoio da produção literária, artística e audiovisual nacional, manutenção e desenvolvimento da

²⁹⁶ Para maiores informações sobre o desenvolvimento e tratamento dos direitos sociais no âmbito da OMC ver: LUFF, David. *Le droit de l'organisation mondiale du commerce*. Analyse critique. Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 1115 a 1127.

²⁹⁷ Ibidem, p. 1127 a 1129.

educação ou remuneração de conhecimentos tradicionais. Tais políticas e acordos, comportando exceções ao princípio da não-discriminação, são legitimadas no plano internacional pelo fato de que contribuem para a diversidade cultural, estando em conformidade com a Declaração universal sobre a diversidade cultural adotada em 20 de novembro de 2001 pela Conferência geral da Organização das Nações Unidas para a educação, a ciência e a cultura (UNESCO do inglês *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*).²⁹⁸

As exceções referentes aos bens culturais estão estabelecidas também no artigo XX, alíneas (a), (d) e (f) do GATT, concernentes à proteção da moral, leis e regras que não são incompatíveis com o GATT e proteção de tesouros nacionais com valor artístico, histórico ou arqueológico, respectivamente.

O sistema legal da OMC não visa impedir o desenvolvimento de políticas de incentivo a cultura e proteção de conhecimentos tradicionais, sendo que, estando em conformidade com a Convenção da UNESCO, busca apoiar a diversidade cultural.

O setor de serviços audiovisuais é o mais problemático dentre as políticas e acordos culturais, sendo tratado pelo Acordo de Serviços da OMC. Uma das grandes problemáticas apresentadas é em relação à impropriedade das classificações setoriais propostas pela Secretaria da OMC e pelas Nações Unidas, que não levam em conta as redes de telecomunicação, sendo fonte de discriminação.

A proteção dos bens culturais possui um aspecto de subjetividade e abrangência que ultrapassa os demais temas ditos não-comerciais, sendo bastante utilizada pelos países desenvolvidos em relação aos países em desenvolvimento, visto que somente os Estados mais ricos possuem recursos suficientes para desenvolvimento da indústria cultural, protegendo seus produtos e serviços.

²⁹⁸ LUFF, David. **Le droit de l'organisation mondiale du commerce**. Analyse critique. Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 1129.

2.2.4 Harmonia dos temas comerciais e não-comerciais na busca do desenvolvimento sustentável

A observância dos princípios da transparência, não-discriminação, coerência e boa-fé na conclusão de acordos bilaterais que abordam os chamados temas não-comerciais é fundamental para a adequação destes aos diversos regulamentos da OMC. Paralelamente a isto, deve se considerar que a OMC possui dispositivos que precisam ser reformulados de modo mais exato, como no concernente à proteção do meio ambiente, campo em que talvez o mais plausível fosse um reexame de seu estatuto de subsídios ao meio-ambiente, assim como do estabelecimento de procedimentos para a aplicação de regras unilaterais de urgência, mesmo não existindo um concerto internacional pacífico a respeito.²⁹⁹

Quanto à proteção de pessoas, o maior problema são as políticas e os acordos que dizem respeito à segurança alimentar, tendo em vista mais uma vez os obstáculos representados pela imprecisão de alguns termos assim como pela ambigüidade de certas políticas e acordos que maquiam seus reais objetivos protecionistas e discriminatórios em justificativas de caráter sanitário ou de defesa do consumidor.³⁰⁰

Por fim, em relação ao setor da proteção cultural, o qual abrange políticas culturais e a conservação de tradições e folclore, percebe-se que não existem maiores dificuldades quanto ao comércio de bens culturais, mas sim no que se refere ao setor de serviços, principalmente de serviços audiovisuais, no que concerne a adaptação das classificações existentes ao desenvolvimento tecnológico atual.³⁰¹

²⁹⁹ Para maiores informações a respeito das políticas e acordos baseados em problemáticas ambientais ver: LUFF, David. **Le droit de l'organisation mondiale du commerce**. Analyse critique. Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 1049 a 1087.

³⁰⁰ Para maiores informações a respeito do tema não-comercial relativo a defesa de pessoas ver: LUFF, David. Ibidem, p. 1087 a 1129.

³⁰¹ LUFF, David. **Le droit de l'organisation mondiale du commerce**. Analyse critique. Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 1151.

De modo geral, a proteção do meio ambiente, pessoas e cultura pode sim ser combinada com o direito aplicado na OMC. Todavia, um problema que se coloca é em relação a institucionalização e operacionalização de tal combinação. Neste sentido, propõe-se a criação de uma organização internacional única que cubra todos os temas, não só os comerciais, tendo como eixo central a defesa do desenvolvimento sustentável. Esta, sendo uma solução com viés utópico, dada a diversidade de interesses em jogo, resta a sugestão do fortalecimento das organizações específicas de cada setor. Daí a recomendação de se estabelecer regimentos de solução de controvérsias em cada uma delas com base em arbitragens independentes e que possam conferir maior equilíbrio e respeito a suas decisões, visto que árbitros imparciais dariam maior confiabilidade às decisões que envolvam estes temas de caráter fortemente subjetivo.³⁰² Estas são problemáticas que exigem uma maior reflexão, que será melhor desenvolvida pelo diálogo entre a OMC e as demais organizações existentes, buscando-se a harmonização entre seus ordenamentos e interesses.

Interessante considerar que o direito da OMC não é totalmente hostil aos temas não-comerciais, possuindo legitimidade para tratar dos mesmos, mas ao mesmo tempo limitado em sua atuação. Diante da multiplicação das relações entre os diversos Estados e do possível surgimento de uma sociedade dita transnacional, novas regras e mecanismos serão criados nos próximos anos como forma de regular o seu funcionamento.

Sendo os temas comerciais já inseridos no sistema OMC, mesmo que de forma imprecisa em alguns pontos, necessária se faz a inclusão dos temas ditos não-comerciais, mas que afetam o comércio de modo direto. O direito da OMC encoraja esta postura, visto que mesmo não tratando diretamente temas não-comerciais, confere ao governo dos Estados a responsabilidade individual de regulamentar tais setores em seus territórios nacionais, devendo observar o equilíbrio preconizado pelo desenvolvimento sustentável e ao

³⁰² V.D. ESTY, **Greening the GATT**. Trade, environment, and the future. Washington DC, Institute for International Economics, July 1994, p. 78 e ss. e 977-983.

mesmo tempo considerar seus níveis de desenvolvimento econômico, social e ecológico para isto. Tais políticas devem ser menos unilaterais e mais adaptadas ao processo de globalização, ultrapassando os critérios econômicos que guiam as atuais negociações no âmbito da OMC.³⁰³

2.3 Acordos discriminatórios aceitos como resultantes de pressões ao sistema ou peculiaridades dos Estados

Figura III – Situação dos acordos resultantes de pressões ou peculiaridades dos Estados



O sistema multilateral da OMC possibilita a seus membros a utilização de exceções em circunstâncias e de acordo com condições particulares como forma de equilíbrio de um conjunto normativo que agrega parceiros em níveis de desenvolvimento os mais díspares possíveis. Conforme verificado, as possibilidades de conformação de situações com tais previsões de exceção ao sistema são muito amplas e na prática verifica-se que os acordos notificados à OMC se justificam ou com base nos artigos XX e XXIV ou com base na Cláusula de Habilitação referente aos membros em desenvolvimento.

Além destes acordos encaixados em uma das exceções, foi verificado no último tópico que existem algumas áreas ou campos ditos não-comerciais e que não estão diretamente inseridos dentro da competência da OMC, sendo passíveis de acordos bilaterais, mas que não necessariamente prejudicam a organização a menos que estejam mascarando trocas comerciais em forma de interesses alheios.

³⁰³ LUFF, David. **Le droit de l'organisation mondiale du commerce**. Analyse critique. Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 1151 a 1153.

Por fim, resta ser analisada uma terceira situação em que os acordos bilaterais forçam os dispositivos do sistema e juntamente com a defesa de situações e interesses acabam se justificando e se mantendo. Muitos destes acordos funcionam como máscaras para situações imbuídas de variáveis políticas e econômicas que tocam diretamente a OMC, prejudicando seu aparato de legitimidade, mas que por outras razões, que fogem ao entendimento do estritamente legal, continuam em curso e sem perspectiva de que tenham fim. Exemplo disto são acordos que, em geral, envolvem nações desenvolvidas, principalmente os Estados Unidos, com países em desenvolvimento. Alguns destes acordos fazem uso das flexibilidades do Acordo sobre propriedade intelectual da OMC (TRIPS) em relação à saúde pública, que deveriam servir para promoção de inovações a respeito de doenças que desproporcionalmente afetam a população dos países em desenvolvimento, para defesa de seus próprios interesses.³⁰⁴

As flexibilidades do Acordo TRIPS devem servir de auxílio aos países em desenvolvimento, no sentido em que se configuram como exceções, sendo uma forma de auxiliar o desenvolvimento da tecnologia e temas relacionados à propriedade intelectual. Todavia, estes países em desenvolvimento sofrem com a falta de *expertise* necessária para a implementação destas flexibilidades. Em razão disso, pressões internas ou externas, principalmente de empresas farmacêuticas multinacionais, funcionam como obstáculos à utilização destas flexibilidades como as massivas campanhas publicitárias de tais companhias mencionando que “estudos independentes mostram que reclamações a respeito do uso de patentes como barreiras ao acesso de medicamentos é infundado”.³⁰⁵

³⁰⁴ Um acordo que ilustra bem esta situação seria o estabelecido entre EUA e Chile. Para maiores informações ver: COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, INNOVATION AND PUBLIC HEALTH (CIPRH) Study 4C **The use of flexibilities in TRIPS by developing countries: can they promote access to medicines?** Sisule F. Musungu, South Centre e Cecilia Oh, World Health Organization. August 2005.

³⁰⁵ Maiores informações a respeito da atuação destas empresas nos diversos países ver o website da Associação das Indústrias Farmacêuticas (Pharmaceutical Industry Association), disponível em: http://www.ifpma.org/Issues/issues_intell.aspx

Além disso, pressões externas são estabelecidas pelos diversos governos, sob forma de acordos bilaterais ou atos unilaterais. Como forma de ilustrar um acordo bilateral contendo componentes de propriedade intelectual e que foi utilizado de modo arbitrário pelos Estados Unidos pode ser mencionado o acordo com o Vietnã e Camboja em que foram incluídas diversas restrições relacionadas ao acordo TRIPS, mesmo não sendo estes países membros da OMC. Unilateralmente, pode ser citada a seção 301 utilizada pelos Estados Unidos.

A resistência dos governos dos países em desenvolvimento a tais pressões exige destes um nível político e econômico de que a maioria não dispõe. Uma das soluções apresentadas para a correção desta falha e aprimoramento da utilização das flexibilidades do Acordo TRIPS em relação aos países em desenvolvimento é a formação de mecanismos regionais capazes de suprir as falhas da falta de especialistas nacionais. Com base na cooperação e compartilhamento de interesses em comum, a ação coletiva através de arranjos regionais é uma saída lógica e benéfica para estes Estados em desenvolvimento.³⁰⁶

O setor de propriedade intelectual tem sido um foco dos acordos bilaterais enquadrados nesta terceira situação. Todavia, este não é o único setor em que isto se dá visto que vários são os campos de atuação do comércio internacional em que acordos bilaterais considerados arbitrários são concluídos, mas que ao mesmo tempo vigoram em paralelo ao sistema OMC.

Um dos campos mais abordados atualmente, tendo sido inclusive objeto de diversas polêmicas nas negociações da OMC, é o de investimentos internacionais. Este é um setor bastante delicado e ao mesmo tempo interessante para a análise proposta, pelo fato de contar com um acordo multilateral no seio da OMC, mesmo que ineficaz ou contendo

³⁰⁶ Para maiores informações a respeito do uso das flexibilidades do TRIPS e melhora em relação a atuação dos países em desenvolvimento ver: MUSUNGU, Sisule F. **Utilizing TRIPS flexibilities for public health protection through south-south regional frameworks**. South Centre, abril de 2004.

somente recomendações, e ao mesmo tempo ser quase que exclusivamente regulado por acordos bilaterais.

2.3.1 Acordo sobre medidas de investimento relacionadas ao comércio (TRIMs)

O setor de investimentos internacionais é considerado uma novidade para o sistema multilateral de comércio em relação ao antigo sistema do GATT, mesmo tendo sido previsto desde a redação deste acordo que as regras sobre as políticas relacionadas a investimentos seriam estabelecidas em paralelo com as relativas ao comércio de bens. Além disso, em 1955, as partes contratantes do GATT adotaram uma resolução relativa ao tema, na qual ficou estabelecido que os Estados deveriam concluir acordos bilaterais como forma de garantir e proteger a segurança dos investimentos estrangeiros.³⁰⁷

Durante o ciclo de negociações da Rodada Uruguai, foram realizadas negociações relacionadas aos investimentos internacionais, sendo estas restritas aos investimentos referentes ao comércio. Ou seja, discutiu-se a admissão de investimentos desde que benéficos aos objetivos de liberalização comercial. Como consequência, a OMC dispõe de um acordo sobre as medidas de investimento relacionadas ao comércio (TRIMs do inglês *Agreement on Trade Related Aspects of Investment Measures*) que em relação aos demais acordos desta organização é considerado curto e bastante geral. Tal acordo objetiva limitar os efeitos de restrição e distorção das trocas comerciais causados por medidas relacionadas a investimentos.³⁰⁸ Isto porque as políticas de investimentos adotadas pelos governos podem ter um impacto direto sobre o comércio internacional. Vale ressaltar que este acordo não tem por objetivo facilitar ou proteger os investimentos. Seu papel é o de expor, mesmo que de modo sucinto, que os princípios gerais do GATT, principalmente o do tratamento nacional e o da

³⁰⁷ COLARD-FABREGOULE, Catherine. *L'essentiel de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)*. Paris: Gualino, 2002, p. 93 e 94.

³⁰⁸ Primeira consideração do preâmbulo do TRIMs.

interdição das restrições quantitativas, se aplicam às medidas relativas a investimentos ligados ao comércio de bens. Estabelece inclusive um mecanismo de notificação e controle destas medidas em seus artigos 6º, 7º e 9º.

O acordo em si não possui uma definição clara das medidas que são incompatíveis com o comércio internacional, mas em seu anexo existe uma lista exemplificativa de algumas medidas apontadas como incompatíveis com a obrigação do tratamento nacional e eliminação de restrições quantitativas (artigo III, § 4º e XI, § 1º do GATT). Sendo que o III prevê que todas as exceções presentes no GATT são aplicadas no acordo TRIMs caso necessário.

Em relação ao mecanismo de garantia do sistema, este está baseado na transparência, consubstanciado na obrigação de notificação de acordos estabelecidos sobre o tema. Tal obrigação está disposta no artigo V do Acordo sendo meio e fim de aplicação do princípio da transparência conforme mencionado no artigo VI. Três meses após a entrada em vigor do TRIMs, todos os Estados deveriam notificar as medidas relacionadas a investimentos internacionais aplicadas em seus territórios e incompatíveis com os dispositivos do Acordo, devendo eliminá-los no prazo de dois anos a contar da data de entrada em vigor do Acordo. Para os países em desenvolvimento e em particular os menos avançados, este prazo foi estendido para 5 e 7 anos, podendo ser prolongado caso se comprovasse a necessidade para tal. Ou seja, estava proibida a inserção de novas medidas incompatíveis a partir da entrada em vigor do TRIMs.

Associado a esta obrigação de notificação existe o Comitê de medidas relacionadas aos investimentos ligados ao comércio, tendo sido constituído com a finalidade de acompanhar o funcionamento e aplicação do Acordo. Este Comitê está ligado ao Conselho do comércio de bens da OMC, e reúne-se uma vez ao ano.

O TRIMs é bastante criticado pela falta de precisão, justificada pela política habitual da OMC de favorecimento de análises mais globais em relação a temas controversos. Por esta razão, tal acordo é visto como um complemento útil, mas limitado, aos inúmeros acordos bilaterais relacionados a investimentos. Tais acordos bilaterais são em geral submetidos aos procedimentos arbitrais de solução de litígios estabelecidos pela Convenção de Washington de 18 de março de 1965 para o regramento das controvérsias relativas aos investimentos que escapam ao sistema geral da OMC.³⁰⁹

2.3.2 Os acordos bilaterais relativos a investimentos

A Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) descreve os acordos bilaterais de investimento como meios mais importantes de proteção de investimentos estrangeiros internacionais. Tais acordos conferem muitos direitos e poderes aos investidores estrangeiros, principalmente corporações transnacionais dominantes da economia global.

A liberalização dos investimentos é um tema envolto em bastante controvérsia, sendo que vários governos, principalmente dos países menos desenvolvidos, têm se mostrado contrários à constituição de um acordo global, por receio de que estes os obriguem a abrir suas economias devido à remoção de todos os regulamentos existentes a respeito dos investimentos estrangeiros.

Esta oposição é considerada uma das maiores razões para a proliferação de acordos de investimento bilaterais em todo o mundo. Vários Estados têm buscado impor regulamentações ou estabelecer políticas nacionais direcionadas aos investidores de forma a priorizar o desenvolvimento nacional. Em tais políticas podem ser determinadas porcentagens ou condições de apropriação dos investidores a setores estratégicos como o de

³⁰⁹ Tal convenção foi concluída sob a égide do Banco Mundial, possuindo 153 países signatários. LUFF, David. *Le droit de l'organisation mondiale du commerce*. Analyse critique. Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 316.

telecomunicações, por exemplo. Além disso, podem ser requeridas metas a serem alcançadas ou imposição de contratação de proporções de trabalhadores locais. Temas como meio ambiente, saúde e segurança jurídica também são mencionados como forma de assegurar que os investimentos não afetaram estes setores.

Entretanto, ao mesmo tempo em que os governos buscam proteger seus interesses nacionais contra riscos provenientes da adoção de investimentos estrangeiros, os investidores buscam Estados em que o governo ofereça um tratamento não menos favorável do que o oferecido aos seus investidores domésticos. Argumenta-se que algumas das medidas adotadas pelos governos podem interferir nas leis de mercado e criar incertezas para os investidores.

Diante deste quadro é que surgem os acordos bilaterais de investimento como forma de reforçar direitos dos investidores, fragilizando as regulamentações governamentais que versem sobre o tema. Tais acordos reforçam a proteção dos investidores estrangeiros, incluindo direitos contratuais, de estabelecimento e dispendo até mesmo a respeito das operações de entrada e saída de capital. Várias formas de proteção são oferecidas como compensações em caso de expropriações, guerras ou outros danos, assim como garantia de livre transferência de fundos e recuperação de ganhos. Em vários destes acordos a cobertura dos setores econômicos é total, salvo nos casos em que reservas são estabelecidas de modo explícito nos anexos dos mesmos.

Em geral, os litígios relacionados a tais acordos são submetidos a cortes arbitrárias internacionais, o que serve de reforço ao poderio dos investidores que são capazes de mudar legislações e políticas governamentais, caso sejam comprovados efeitos adversos aos investimentos. Várias destas disputas são realizadas com corporações multinacionais que ambicionam privatizar serviços como os relativos à água.

Percebe-se, portanto, que os acordos bilaterais de investimento têm sido utilizados pelas grandes corporações transnacionais como uma potencial arma contra os países em desenvolvimento. A proliferação de tais acordos tem sido acompanhada não só em quantidade, mas também em cobertura e proteção oferecida aos investidores estrangeiros. Atualmente, a Índia já possui mais de 50 acordos bilaterais de investimento assinados.

O primeiro acordo bilateral de investimento concluído foi em 1959 entre a Alemanha e o Paquistão, sendo que só ganhou relevância na década de 1990. Cerca de 400 acordos haviam sido assinados até 1995, sendo que até 2004, foram registrados mais de dois mil acordos em operação, concluídos por mais de 170 países e cobrindo cerca de um quarto de todo o montante de investimentos estrangeiros diretos (FDI do inglês *Foreign direct investment*) nos países em desenvolvimento.³¹⁰

Diversos países em desenvolvimento, concluem acordos bilaterais de investimento como forma de atração de FDI, mas estudos empíricos demonstram que não existe uma relação estrita entre a conclusão de tais acordos e o crescimento do volume de investimentos. Pelo contrário, países sem tantos acordos bilaterais de investimentos como a China, têm sido mais bem sucedidos na atração de FDIs.³¹¹

Os acordos bilaterais de investimentos podem constituir elementos negativos para os Estados, principalmente os menos desenvolvidos, no sentido de que em virtude das proteções oferecidas aos investidores estrangeiros, várias normas sociais e de meio-ambiente podem perder efetividade, implicando custos consideráveis. Um exemplo recente disto foi o da Argentina após a crise de 2002. A privatização de vários serviços públicos na década de 1990, combinada com os mais de 54 acordos bilaterais de investimento concluídos pelo governo argentino, produziram conseqüências adversas após a crise

³¹⁰ GHOSH, Jayati. Treaties to protect foreign investors. **Frontline (Índia)**. Vol. 23 Iss: 08, 22 abril – 05 maio de 2006. Disponível em: <www.bilateral.org> Acesso em: 10 jun. 06.

³¹¹ Informações obtidas a partir do relatório anual a respeito do desenvolvimento mundial apresentado pelo Banco Mundial em 2005.

financeira que desvalorizou a moeda do país (peso). Vários litígios foram estabelecidos, sendo que uma das primeiras decisões condenou a Argentina no pagamento de mais de 133 milhões de dólares como compensação à empresa norte-americana *Content Management System* pela violação do acordo bilateral entre a Argentina e os Estados Unidos. Sendo que o argumento argentino de que tal violação teria ocorrido como uma medida de emergência devido à crise financeira, econômica e social que assolou o país, foi rejeitado pelo tribunal arbitral.³¹²

Interessante considerar que, se os acordos bilaterais de investimentos serviram como agravantes da crise na Argentina, nas negociações para um tratado bilateral de investimento entre Estados Unidos e Uruguai no início de 2004, estabelecidas entre o representante de Comércio dos EUA (USTR do inglês *United States Trade Representative*), Robert Zoellick, e o ministro das Relações Exteriores do Uruguai, Didier Opertti, tal acordo foi visto como um importante sinalizador para os investidores estrangeiros de que o Uruguai estava saindo da crise financeira que afetava o país na época.³¹³

A arbitragem estabelecida no caso argentino demonstra que os efeitos destes acordos para os países em desenvolvimento é ainda mais agudo em virtude da solução dos litígios nem sempre se basear em *standards* judiciais plausíveis, visto que são especificados tribunais ou formações arbitrárias nos acordos. Esta problemática é acompanhada pelo fato de que a justiça nestes casos tem sofrido um processo de privatização que pode acarretar formações arbitrárias nem sempre justas e democráticas. Os dois procedimentos de arbitragem mais conhecidos no mundo são o Centro Internacional de Solução de Disputas de Investimentos (ICSID), considerado o corpo arbitrário privado do Banco Mundial e a Comissão Internacional de Direito Comercial das Nações Unidas (UNCITRAL), mais utilizada como fonte de regramento em tribunais arbitrais *ad hoc*. Cortes e sistemas nacionais

³¹² GHOSH, Jayati. Treaties to protect foreign investors. **Frontline (Índia)**. Vol. 23 Iss: 08, 22 abril – 05 maio de 2006. Disponível em: <www.bilateral.org> Acesso em: 10 jun. 06.

³¹³ Informações obtidas a partir do site da Embaixada Americana: <<http://livrecomercio.embaixadaamericana.org.br/?action=artigo&idartigo=520>> Acesso em: 12 abr. 06.

não possuem funções na solução destes litígios. Tais cortes arbitrárias são bastante criticadas pela falta de transparência e estruturas democráticas.³¹⁴

Os acordos bilaterais de investimento são exemplos claros de mecanismos de pressão e barganha de países mais ricos em detrimento de países mais pobres. Verifica-se que o tratamento deste tema em acordos multilaterais pode ser inviabilizado pelas peculiaridades de cada país, assim como os interesses em jogo. O TRIMs funciona como uma espécie de baliza para o estabelecimento destes acordos, que além de possuir um caráter restrito em relação ao número de parceiros, não são estendidos aos demais parceiros da OMC por estarem relacionados a peculiaridades de cada país.

Sendo assim, a justificativa apresentada para a não aplicação da CNMF neste tipo de acordo, apesar do tema ter sido tratado pela OMC, é a de que são formulados como vestimentas específicas para cada país e, portanto, não se adequam a outros contextos.

Importa sublinhar que o mais relevante nestes acordos é a utilização de posição de privilégio de países mais ricos na imposição de restrições a políticas governamentais, implicando prejuízos em diversos casos. Sendo assim, a violação maior aqui está diretamente ligada ao princípio da não-discriminação, no sentido de que os países mais ricos e, portanto, com capital para investir, possuem o poder discricionário de estabelecer regras relacionadas a investimentos, privilegiando alguns parceiros em detrimento de outros.

³¹⁴ GHOSH, Jayati. Treaties to protect foreign investors. **Frontline (Índia)**. Vol. 23 Iss: 08, 22 abril – 05 maio de 2006. Disponível em: <www.bilateral.org> Acesso em: 10 jun. 06.

CONCLUSÃO

Como a corrente de um rio caudaloso, o direito internacional contemporâneo evoluiu e com ele carregou os diversos instrumentos jurídicos que o compõem, forçando a adaptação e flexibilização destes. No caso da CNMF estabelecida no seio da OMC, isto restou claro pela análise do formato que possuía quando criada, ainda no antigo GATT, em paralelo com as diversas flexibilizações que sofreu pelo estabelecimento de exceções à mesma. Esta cláusula tem o fulcro de oferecer aos parceiros comerciais relações não-discriminatórias, mas que com o passar dos anos restaram inoperantes pela desigualdade entre os mesmos.

Isto demonstra que no momento em que a OMC foi criada, o princípio da não-discriminação herdado do GATT foi mal moldado à nova realidade que regia as trocas comerciais daquele momento, visto que o estabelecido como exceção acabou virando regra e o número de acordos bilaterais e regionais excedeu todas as expectativas.

Tal realidade vem corroborar a tese de que a OMC atualmente gerencia um sistema mundial de trocas que não se aproxima do desejado pelos arquitetos do antigo GATT. Exemplo disso é a União Européia, que hoje só aplica tarifas não-discriminatórias a nove parceiros, entre eles os Estados Unidos e o Japão, e para todos os demais oferece acesso diferenciado com base em alguma das exceções do sistema como o artigo XXIV ou o sistema geral de preferência.

O estudo buscou demonstrar a evolução da CNMF e conseqüentemente do princípio da não-discriminação dentro do sistema de trocas internacionais em constante mudança. O primeiro capítulo foi dedicado à abordagem do princípio da não-discriminação no contexto geral e principalmente no direito internacional. Este capítulo teve o objetivo de demonstrar o tratamento dado a este princípio diante de desafios do cotidiano internacional de tantos Estados com realidades diferentes, mas com o mesmo desejo de tratamento igualitário.

O segundo capítulo apresentou a CNMF no contexto internacional e o afunilamento desta na OMC. Este capítulo foi também fundamental para a análise por centrar a atenção do leitor na primeira das bases de comparação aqui utilizadas, qual seja a CNMF, demonstrando já neste momento algumas imprecisões relacionadas à aplicação da mesma.

O terceiro capítulo teve o objetivo de trazer à luz o segundo elemento de análise, qual seja, os acordos bilaterais. Interessante deste capítulo foi a apresentação do histórico de utilização destes acordos, assim como os efeitos da proliferação dos mesmos no contexto atual. Além disso, demonstrou-se a ausência de hierarquia entre os objetos analisados, o que elimina qualquer possibilidade de desconsideração dos acordos bilaterais diante da superioridade da CNMF, do acordo multilateral em que está inserida ou do princípio da não-discriminação da qual se origina.

O capítulo final foi dedicado à análise factível da convivência entre a CNMF e os acordos bilaterais. A partir da explanação das exceções à CNMF que o próprio sistema admite, foram apresentadas três situações em que tais acordos são criados e legitimados ou por se enquadrarem em tais exceções ou por tratarem de campos em que a especificidade não permite um tratamento multilateral como os investimentos.

A análise da evolução da CNMF tanto no direito internacional contemporâneo como de modo mais específico nas trocas comerciais reguladas pela OMC demonstrou que as exceções estabelecidas em relação à mesma foram necessárias para a manutenção e adaptação do sistema comercial internacional aos interesses dos diversos parceiros que o compõem. Um dos argumentos mais fortes dos defensores de tais exceções é o de que estas possibilitam a grupos de nações pequenas ou pouco representativas em relação aos demais Membros da organização, desenvolverem relações comerciais mais fortes e profundas mais facilmente atingidas entre elas do que em escala global. Este é um argumento que se adapta à exceção em relação ao artigo XXIV, mas que não oferece uma lógica

argumentativa às demais, visto que choca com o objetivo final da organização de desenvolvimento das trocas e liberalização comercial.

Um fator que extrapola a análise técnica-legal objetivada, mas que nem por isso deve ser desconsiderado é o de que as implicações políticas que levam à formação de alguns destes acordos podem não ser positivas do ponto de vista dos objetivos da organização, como as situações em que os países em desenvolvimento utilizam suas vantagens de barganha e prestígio para o estabelecimento de acordos arbitrários e desleais. Todavia, esta conotação negativa não é uma constante destes acordos e isto não pode ser desconsiderado quando se pensa na legitimidade ideológica dos mesmos. Afinal, comprar aliados talvez não seja uma justificativa para a utilização de uma exceção ao sistema multilateral e estabelecimento de um acordo bilateral, mas oferecer reformas de base, estabilidade e alívio de situações de pobreza e luta contra a corrupção pode ser, certamente, uma justificativa válida. Isto foi comprovado pelo estabelecimento de diversos acordos bilaterais entre a União Européia e os Estados restantes da cortina de ferro, nos quais foi possibilitado aos mesmos restabelecer suas trocas comerciais internacionais, fazendo parte de uniões aduaneiras e provendo paz e segurança para uma região bastante atingida por enormes conflitos.³¹⁵

Enfim, haverá sempre argumentos tanto para os que defendem o estabelecimento dos acordos bilaterais e regionais em detrimento da CNMF quanto para os que são contrários. Todavia, não importa de que lado da corrente seja posto o entendimento, contra ou a favor dos acordos discriminatórios, o fato é que juridicamente demonstrou-se que grande parte deles é legítima e válida ou por estarem adaptados às exceções do sistema, ou por pressões que flexibilizam a aplicação de alguns dispositivos, sob a justificativa que utilizam critérios de especificidade não aplicáveis a relações multilaterais.

³¹⁵ SUTHERLAND, Peter (Chairman) et al. **The future of the WTO**. Addressing institutional challenges in the new millennium. Report by the Consultative Board to the Director-General Supachai Panitchpakdi. World Trade Organization, 2004, § 63.

Além disso, a proliferação dos acordos bilaterais pode ser entendida como inevitável se tomado como exemplo o Brasil que está amarrado ao Mercosul, sendo que este acordo não avança. Enquanto as exportações mexicanas representam atualmente 2,5% do comércio mundial, o Mercosul representa apenas 1%.³¹⁶

Em suma, pode ser concluído que a CNMF passou ao longo dos últimos anos por um processo de adaptação e flexibilização que não necessariamente indica que esta tenha se enfraquecido ou diminuído seu papel dentro do sistema multilateral de trocas comerciais regulado pela OMC. Diante do inevitável fenômeno de proliferação do uso de acordos bilaterais no estabelecimento de trocas comerciais internacionais, restou a esta organização o importante desafio de ajuste de seus dispositivos, o que conforme verificado, cumpriu com relativo sucesso, tendo em vista a ausência de controle absoluto sob a utilização destes ajustes em função do poder e artimanha de seus destinatários.

³¹⁶ Jornal O Globo, Rio de Janeiro 22 out. 2004. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/jornal/especiais/exterior/146426490.asp>

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRAFIA

AFILADO, Ari; FOSTER, Sheila. The World Trade Organization's Anti-Discrimination Jurisprudence: Free Trade, National Sovereignty, and Environmental Health In: *The Balance*, 15 *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.* 633, Summer, 2003.

ALEDO, Louis-Antoine. **Le droit international public**. Paris: Dalloz, 2005.

ALLIX, Edgar. **Science financière: Les droits de douanes**. Paris : Cours de droit, 1928/29.

ANZILOTTI, Dionisio. **Cours de droit international**. Paris: LGDJ, 1999.

AUBERT, Jean-Luc. **Introduction au Droit**. 9 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

AZÚA, Daniel E. Real. **O neoproteccionismo e o comércio exterior**. São Paulo: Aduaneiras, 1986.

B. KASME. **La capacite de l'ONU de conclure des traités**. Paris: LGDJ, 1960.

BEAUDET, Christian. **Introduction générale et historique à l'étude du Droit**. Barcelona: Paradigme, 2002.

BEIGNIER, Bernard; BLÉRY, Corinne. **Manuel d'introduction au droit**. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.

BIHR, Philippe. **Droit civil general**. 15. ed. Série droit prive. Paris: Dalloz, 2004.

BLACHÈR, Philippe. **Droit des relations internationales**. Paris: Litec, 2004.

BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. v. 1. 4. ed. Brasília: EdUNB, 1992.

BORGSMIDT, Kirsten. **The generalized system of preferences in favour of developing countries against the historical background in the light of public international trade law and the new international economic order**. Nordisk Tidsskrift: For 1 Ret, 1985.

BOS, Maarten. **The recognized manifestations of international law**, 1977, 20 GYIL 9.

BRIERLY, J. L. **The law of nations**. Oxford: Clarendon, 1998.

CARBONNIER, Jean. **Droit Civil**. Introduction. 27 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

CARREAU, Dominique; FLORY, Thiébaut e JUILLARD, Patrick. **Manuel de droit économique**. 3 ed. Paris: L.G.D.J., 1990.

CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. **Droit international économique**. Paris: Dalloz, 2003.

CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, , Araminta de Azevedo (Coord).). **Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?: a OMC e o Brasil**. São Paulo: LTr, 1998.

CHENG, B. **General principles of law as applied by international courts and tribunals**. London: Stevens, 1953.

CHOI, Won-Mog. **'Like products' in Internacional Trade Law**. Towards a consistent GATT/WTO jurisprudence. Oxford: Oxford University Press, 2003.

CHOUDRY, Aziz. Investment: bilaterals paving the way for multilateral agreement. In: **South Bulletin** – 61, 15 July 2003.

COLARD-FABREGOULE, Catherine. **L'essentiel de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)**. Paris: Gualino, 2002.

COMBACAU, Jean; SUR, Serge. **Droit international public**. 5 ed. Paris: Montchrestien, 2001.

COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, INNOVATION AND PUBLIC HEALTH (CIPRH) Study 4C **The use of flexibilities in TRIPS by developing countries: can they promote access to medicines?** Sisule F. Musungu, South Centre e Cecilia Oh, World Health Organization. August 2005.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO. **Curso sobre Solução de Controvérsias na Organização Mundial do Comércio**. Módulo 3.5. - GATT 1994. Nova York: Nações Unidas, 2003, p.12. Disponível em: <http://www.mre.gov.br/portugues/ministerio/sitios_secretaria/cgc/curso_unctad.asp> Acesso em: 14 fev. 06.

DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Droit international public**. 7 ed. Paris: L.G.D.J, 2002.

Decision of 28 November 1979 on **Differential and More Favorable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries**, GATT, BISD 26S/203.

DUPUY, Pierre-Marie. **Droit international public**. 7. ed. Paris: Dalloz, 2004.

EBNER, Josef. **La clause de la nation la plus favorisée en droit international public**. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias , 1931.

EDELMAN, Bernard., HERMITTE, Marie-Angèle, Ed. **L'Homme, la nature et le droit**. Paris: C. Bourgois, 1988.

FAUCHILLE, Paulo. **Traité de droit international public**. Tome I. Paris: A. Rousseau, 1921-1925.

FLORY, M. Mondialisation et droit international du développement. **Revue Générale de Droit International Public**, 1997, 101 (3).

GATT, **Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice**. 6. Ed. 1994.

GATT. Relatório do grupo de trabalho sobre A Comunidade Européia de Carvão e do Aço G/35 – IBDD S1/91, 10 novembro de 1952.

GATT. Relatório do sub-grupo B (restrições quantitativas) da Comissão do GATT responsável por examinar o Tratado instituindo a Comunidade Econômica Européia, adotado em 29 de novembro de 1957, IBDD S6/74.

GHOSH, Jayati. **Treaties to protect foreign investors. Frontline (Índia)**. Vol. 23 Iss: 08, 22 abril – 05 maio de 2006. Disponível em: <www.bilateral.org> Acesso em: 14 mai. 06.

GRIMWADE, Nigel. **International trade policy: a contemporary analysis**. London: Routledge, 1996.

HOEKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. **The political economy of the world trading system: the WTO and beyond**. 2 ed. Oxford University Press, 2001.

ITO, N. **La clause de la nation la plus favorisée**. Paris: Les éd. Intern., 1930.

JACKSON, John H. **The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations**. 2. ed. Cambridge: MIT, 1999.

JAKOBSEN, Kjeld. Ao Menos Seis Boas Razões para Rejeitar a Alca. In: **Indicadores Econômicos FEE**. Porto Alegre/Fundação de Economia e Estatística, Vol. 29, no. 3, novembro de 2001.

Jornal O Globo, Rio de Janeiro 22 out. 2004. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/jornal/especiais/exterior/146426490.asp>>

KOLB, Robert. **Les cours généraux de droit international public de l'Académie de La Haye**. Bruxelas: Bruylant, 2003.

LAFER, Celso. **Comércio e Relações Internacionais**. São Paulo: Perspectiva, 1997.

LAWSON, Michael Nunes. Do princípio da não-discriminação no comércio internacional: a cláusula de nação mais favorecida e a obrigação de tratamento nacional. **Jus Vigilantibus**, Vitória, 13 jul. 2005. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/16394>. Acesso em: 14 mar. 06.

LEBEN, Charles. **Hans Kelsen**. Écrits français de droit international. Paris: Presses Universitaires de France, 2001.

LONG. **La Place du Droit et ses Limites dans Le Système Commercial Multilatéral du GATT**. In: Recueil des Cours, Academia de Direito Internacional da Haia, 1983, IV, vol. 182.

LOWENFELD. **A International Economic Law**, Oxford: Oxford University Press, 2002.

LUFF, David. **Le droit de l'organisation mondiale du commerce**. Analyse critique. Bruxelas: Bruylant, 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MUNHOZ, Dércio Garcia. **A nova roupagem do bilateralismo comercial**. Disponível em: <http://www.corecondf.org.br/publicacoes.asp?tip_publicacao=R> Acesso em: 26 mai. 06.

MUSUNGU, Sisule F. **Utilizing TRIPS flexibilities for public health protection through south-south regional frameworks**. South Centre, abril de 2004.

NASSER, Rabih Ali. **A OMC e os países em desenvolvimento**. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

OMC, Comitê dos acordos comerciais regionais, **Lignes directrices concernant les procédures destinées à améliorer et à faciliter le processus d'examen**. WT/REG/W/15, 6 maio de 1997.

OMC, Conferência ministerial, Doha, Declaração ministerial, adotada em 14 de novembro de 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, 20 de novembro de 2001.

OMC. **Accession à l'Organisation mondiale du commerce**. Procédures à suivre dans les négociations au titre de l'Article XII. Note du Secrétariat, WT/ACC/1, 24 mars 1995.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Comitê de comércio e meio ambiente. **Acordos comerciais de meio ambiente. Evolução recente**. Nota do Secretariado, WT/CTE/W/151, 29 jun. 2000.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório das reuniões do Comitê dos acordos regionais da OMC relativos ao alargamento da CE. WT/REG3/M/ 1 à 8.

PACE, Virgile. **L'Organisation Mondiale du Commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux**. Paris: L'Harmattan, 2000.

PARANAGUÁ, O. **Politique commerciale internationale**. Genebra: Kundig, 1930.

PAUWELYN, Joost. **Conflict of norms in public international law : how WTO law relates to other rules of international law**. Cambridge : Cambridge University Press, 2003.

PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc (in memoriam). **Droit international public**. 5. ed. Paris: LGDJ, 1994.

PERREAU, Camille. **Cours d'économie politique**. vol. II, 3. ed. Paris: F. Pichon et Durand-Auzias, 1925-1927.

RAINELLI, Michel. **A Organização Mundial do Comércio**. Lisboa: Terramar, 1998.

REUTER, Paul. **Introduction au droit des traites**. 3 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

ROCHE, Catherine. **L'essentiel du droit international public et du droit des relations internationales**. 2 ed. Paris: Gualino, 2003.

ROLAND, Henri; BOYER, Laurent. **Introduction au droit**. Paris: Litec, 2002.

SALMASLIAN, Armenag. La Clause de la nation la plus favorisée, thèse pour le doctorat ès sciences économiques et politiques. Paris: E. Larose, 1921.

SALMON, Jean. **Dictionnaire de droit international public**. Bruxelles: Bruylant/AUF, 2001.

SAUVIGNON, Edouard. La clause de la nation la plus favorisée dans les relations commerciales américano-soviétiques. In: **Revue Générale de Droit International Public**, tome 87, 1983 n. 3 Paris. Charles Rousseau et Michel Virally.

SAUVIGNON, Edouard. **La clause de la nation la plus favorisée**. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 1972.

SCELLE, Georges. **Précis de droit de gens: principes et systématique**. Parte 2. Les libertés individuelles et collectives. L'élaboration du droit des gens positif, T. II. Paris: Sirey, 1934.

SCHWARZENBERGER, George. **Equality and Discrimination in International Economic Law**, 25 Yearbook of International Affairs, 163 (1971).

SCHWEINFURTH, Die Meislbegünstigungs Klausel, 1911. Apud EBNER, Josef. **La clause de la nation la plus favorisée en droit international public**. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931.

SECRETARIADO DA OMC – WT/ACC/7/Ver 2 – du 1 novembre 2000. Disponível em: <www.wto.org> Acesso em: 30 mar. 06.

SECRETARIADO DA OMC, **Folha de cooperação técnica**, 28 de março de 2002. Disponível em: <www.wto.org> Acesso em: 30 mar. 06.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOARES, Guido F. S. **A compatibilização da ALADI E do MERCOSUL com o GATT**. Disponível em: <http://www.mre.gov.br/portugues/politica_externa/mercosul/aladi/gatt> Acesso em: 05 mar. 06.

SOCIEDADE DAS NAÇÕES. Relatório do Conselho sobre os “Trabalhos da vigésima sétima Sessão do Comitê Econômico”, 23 de janeiro de 1929.

SORENSEN, Max. **Les sources du droit international: étude sur la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale**. Copenhage: E. Munksgaard, 1946, p. 13-14.

SPENDER e FITZMAURICE. **Affaires du sud-ouest africain**, CIJ, Recueil, 1962, p. 475.

SUTHERLAND, Peter (Chairman) et al. **The future of the WTO**. Addressing institutional challenges in the new millennium. Report by the Consultative Board to the Director-General Supachai Panitchpakdi. World Trade Organization, 2004.

TAXIL, Bérangère. **L'OMC et les pays em développement**. Paris: Montchrestien, 1998.

TREBILCOCK, M. J.; HOWSE, Robert. **The regulation of international trade**. 2 ed. Routledge: London, 2001.

TRUCHY, Henri. **Cours d'économie politique**. Vol. II. Paris : Librairie du Recueil Sirey (société anonyme), 1927-1929.

V.D. ESTY, **Greening the GATT**. Trade, environment, and the future. Washington DC, Institute for International Economics, July 1994.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional econômico ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VERHOOSSEL, Gaëtan. **National treatment and WTO dispute settlement**. Adjudicating the boundaries of regulatory autonomy. Oregon: Hart publishing, 2002.

VINCENT, P. L'impact des négociations de l'Uruguay Round sur les pays en développement. **Revue Belge de Droit International**, 1995, XXVIII (2).

WTO. Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy. **The Fundamental WTO Principles of National Treatment, Most-Favoured-Nation Treatment and Transparency**. 14 April 1998. WT/WGTCP/W/114.

JURISPRUDÊNCIA

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Reports 1982, 60.

EPCT/186

EPCT/33 e EPCT/34.

GATT. Relatório do Painel. “Espanha – Tratamento Tarifário do Café Não-torrado”, BISD 28S/102, 19 jun. 1981.

GATT. Relatório do Painel. “Estados Unidos – Atum/Golfinho”, BISD 29S/91.

GATT. Relatório do Painel. “Tailândia – Cigarros”, BISD 37S/200.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO Relatório do Órgão de Apelação. “Estados-Unidos – Gasolina”, WT/DS2/AB/R, 29 abr. 1996.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. “Estados-Unidos – Camarões”, WT/DS58/AB/R, 12 out. 1998.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Grupo Especial “Estados Unidos – mesure de sauvegarde transitoire appliquée aux fils de coton peignés en provenance du Pakistan”, WT/DS192/R, 31 mai. 2001.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do grupo especial “Indonésia - Certas medidas afetando a indústria automobilística” WT/DS54/R, WT/DS55/R, 2 jul. 1998.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Grupo Especial. “Turquia - Restrição a importação de produtos têxteis e roupas”, WT/DS34/R, 31 mai. 1999.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Grupo Especial. “Estados Unidos-Medidas que afetam bebidas alcoólicas e bebidas a base de malte”, DS23/R – IBDD S39/233, 19 jun. 1992.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação do caso “Turquia - Restrição a importação de produtos têxteis e roupas” WT/DS34/AB/R, 22 outubro de 1999.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação, “Canadá – Medidas Que Afetam a Indústria Automotiva”, WT/DS139/AB/R e WT/DS142/AB/R, 19 jun. 2000.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Comunidades Européias – Hormônios” WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R, 16 Jan. 1998.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Comunidade Européia – Bananas III”, WT/DS27/AB/R, 09 Set. 1997.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Coréia – Bebidas Alcoólicas”, WT/DS75/AB/R e WT/DS84/AB/R, 18 Jan. 1999.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Japão – Bebidas Alcoólicas II”, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 Out. 1996.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Comunidades Européias - Bananas”, WT/DS27/AB/R, 9 set. 1997.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Japão - Bebidas Alcoólicas”, WT/DS8/AB/R, 4 out. 1996.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Comunidades Européias-Medidas que afetam o amianto e produtos relacionados”, WT/DS135/AB/R, 12 mar. 2001.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Guatemala – Investigação Anti-Dumping relativa ao Cimento Portland do México I”, WT/DS60/AB/R, 25 nov. 1998.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Coréia – Carnes”, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, 11 Dez. 2000.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Comunidades Européias – Asbestos”, WT/DS135/AB/R, 12 mar. 2001.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Argentina – Medidas de Salvaguarda na Importação de Calçados”, WT/DS121/AB/R, 12 Jan. 2000.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Brasil – Medidas Afetando Coco Ralado”, WT/DS22/AB/R, 20 Mar. 1997.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Painel, “Estados Unidos – Calçados não-emborrachados”, BISD 39S/128, 19 jun. 1992.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Painel. “Canadá – Arenque e Salmão”, BISD 35S/98, 22 mar. 1988.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do painel. “Canadá - Medidas que afetam a indústria automobilística” WT/DS139/R, WT/DS142/R, 11 fev. 2000.

TEXTOS LEGAIS

ACORDO GATT/47. Disponível em: <
http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.doc> Acesso em: 12 mar. 06.

ACORDO estabelecendo a Organização Mundial do Comércio. Disponível em: <
http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.doc> Acesso em: 13 abr. 06.

ACORDO sobre Agricultura. Disponível em: <
http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/14-ag.doc> Acesso em: 16 mai. 06.

ACORDO sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias ou Fitossanitárias. Disponível em: <
http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/15-sps.doc> Acesso em: 14 mar. 06.

ACORDO sobre Subsídios e Medidas Compensatórias. Disponível em: <
http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm.doc> Acesso em: 14 mar. 06.

ACORDO de Salvaguardas. Disponível em: < http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/25-safeg.doc> Acesso em 18 mar. 06.

ACORDO entre a CE e os países ACP; derrogação em favor da lei dos EUA relativa a recuperação econômica da Bacia das Caraíbas, 24 novembro 1995, WT/L/104. Disponível em: <www.wto.org> Acesso em: 14 mai. 06.

CONVENÇÃO de Bali. Disponível em: <<http://www.baliconvention.com/>> Acesso em: 30 mai. 06.

PROTOCOLO de Montreal. Disponível em: <
http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_LI_1966_1_0001.htm> Acesso em: 30 mai. 06.

ENTENDIMENTO relativo a interpretação do Artigo XXIV do GATT 1994. Disponível em: <
http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/10-24_s.htm> Acesso em: 14 de abr. 06.

SITES

EMBAIXADA AMERICANA. Disponível em:
 <<http://livrecomercio.embaixadaamericana.org.br/?action=artigo&idartigo=520>> Acesso em: 12 abr. 06.

CÂMARA DE COMÉRCIO E INDÚSTRIA BRASIL CHINA. Disponível em:
 <www.ccibc.com.br/pg_dinamica/bin/pg_dinamica.php?id_pag=517> Acesso em: 14 mai. 06.

ASSOCIAÇÃO DAS INDÚSTRIAS FARMACÊUTICAS (PHARMACEUTICAL INDUSTRY ASSOCIATION). Disponível em:
 <http://www.ifpma.org/Issues/issues_intell.aspx> Acesso em: 20 mai. 06.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Disponível em: <www.wto.org>. Acesso em: 20 mai. 06.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO
(UNCTAD) Disponível em:
<<http://www.unctad.org/Templates/meeting.asp?intltemID=1942&lang=1&m=4289>> Acesso
em: 4 mai. 06.